· FILOSOFÍA DEL DERECHO ·







FILOSOFÍA DEL DERECHO

Virgilio Ruiz Rodríguez

PRÓLOGO DE VÍCTOR ROJAS AMANDI

Instituto Electoral del Estado de México

méxico · 2009



Filosofía del derecho
Virgilio Ruiz Rodríguez

Serie: Reflexiones sobre Derecho Electoral

Primera edición, diciembre de 2009

Instituto Electoral del Estado de México
Paseo Tollocan no. 944, col. Santa Ana Tlapaltitlán,
C. P. 50160, Toluca, México
www.ieem.org.mx

ISBN Serie: 970-804-006-1
970-804-007-X

Impreso en México

Publicación de distribución gratuita

Índice

CAPÍTULO IV
Misión e importancia de la filosofía del derecho

La filosofía: para vivir
El derecho: para convivir
La filosofía del derecho: "para desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana" (R. Stammler)

Prólogo

La obra *Filosofía del derecho,* de Virgilio Ruiz Rodríguez, es novedosa en su estructura y contenido. Si bien en *Los principios de filosofía* dice René Descartes que ésta es "el estudio de la Sabiduría", y tal estudio comienza "por la investigación de las primeras causas, es decir, los principios", hoy día son pocos, pero destacados, aquéllos que utilizan un paradigma ontológico para tratar en el campo del derecho sus principios fundamentales. En este selecto grupo, entre quienes se encuentran Alasdair MacIntyre, Ralph McInerny, Stephen Theron, John Finnis, Germain Grisez y Jospeh Boyle, se puede inscribir la obra del doctor Virgilio Ruiz.

Con un capitulado corto pero novedoso, Virgilio Ruiz se confronta con los problemas más importantes de la filosofía del derecho, tales como el poder y el derecho, la justicia, los debates sobre los conceptos del derecho y las relaciones entre el derecho y la moral.

Entendiendo que, tal y como la afirmaría Hegel, "La ciencia del derecho es una parte de la filosofía", el doctor Ruiz ha procedido en su obra bajo la idea hegeliana de que "El concepto del derecho […] cae fuera de la ciencia del derecho; su deducción está aquí presupuesta y hay que admitirla como dada", por lo que ha trazado el camino para que los prácticos del derecho puedan entrar en diálogo con la filosofía y ésta, a su vez, pueda servir de fundamento para las reflexiones científicas.

También para los especialistas de la filosofía del derecho resultará de gran utilidad la obra del doctor Virgilio Ruiz, pues ofrece una manera peculiar de considerar filosóficamente el fenómeno jurídico, al permitir observar con una perspectiva actual y novedosa las interacciones entre derecho y filosofía.

Víctor Rojas Amandi

‣Introducción‣

¿Por qué escribir sobre filosofía del derecho? Ciertamente es un tema muy socorrido. Sin embargo, desde mi formación iusfilosófica y mi experiencia docente (iniciada en 1981) en esta materia en particular, me he convencido, al menos desde 1992, de que ninguna disciplina es autosuficiente para abordar su objeto de estudio, sino que necesita del auxilio de otras disciplinas para profundizar más en él, y el derecho no es la excepción.

No obstante que para los cientificistas la filosofía no es un saber científico y, por lo tanto, no tiene el caráter de ciencia, por una parte, y, por otra, que, en este caso, el derecho puede andar su camino y cumplir con su objetivo sin el apoyo de esa disciplina; al no compartir ninguna de las dos posturas, me decidí a realizar este trabajo teniendo en mente que el estudiante de derecho, en su formación, y el profesional del derecho, en su quehacer jurídico, uno y otro, estarán incompletos si no miran y consideran al derecho desde la filosofía, madre y fundamento de todas las ciencias.

Además, en la filosofía encontrarán la luz que los guíe para orientarse en la ideología o corriente jurídica que más les convenza y que los acompañará toda su vida, aunque es de sabios cambiar: iuspositivismo, iusnaturalismo, racionalismo jurídico, voluntarismo, empirismo jurídico o cualquiera otra, formándose un criterio y juicio crítico sobre el derecho y tratando de ser congruentes consigo mismos.

Por otra parte, sabiendo que el campo de estudio de la filosofía es tan vasto como la realización y concretización del ser, es lógico que el derecho mismo, como algo que *es*, no puede escapar a su consideración; por lo cual estoy convencido de que aquella disciplina tiene que existir y debe formar parte del programa de derecho; de esta manera, se ayudará al estudiante a que sea más sensible a los problemas en los que pueda quedar en entredicho la justicia, que es el fin por el cual existe el derecho, al no tener presente esta verdad, habrán errado su vocación. Asimismo, la filosofía del derecho les hará ver, a través de suficientes argumentos, que el derecho únicamente

podrá cumplir con plenitud su misión si lo viven y aplican relacionado con la moral, la cual es su complemento; de lo contrario vivirán una sombra de derecho, porque no hay derecho sin moral.

Con el fin de satisfacer tales espectativas, el presente trabajo se dividió en cuatro capítulos: en el primero, titulado "Naturaleza de la filosofía y del derecho", explico, por un lado, qué es lo que comprende y rodea a ese saber llamado filosofía, es decir, su naturaleza, lo que ella es —porque pueden pasar otros saberes, pero éste permanecerá—, su relación con las otras ciencias y qué partes o disciplinas particulares la conforman —tanto a nivel del saber especulativo como a nivel del saber práctico—; por otro, insisto en tener presente también lo que es el derecho, es decir, delimito su definición o concepto por medio de la analogía, para lo cual considero el punto de vista de distintos autores. También expongo los fines y el fundamento de ambos campos del saber para conocer no sólo la función de la filosofía del derecho en relación con la ciencia jurídica, sino también su definición. El capítulo termina con la distinción entre filosofía del derecho y sociología jurídica.

El segundo capítulo, titulado "Contenidos de la filosofía del derecho", es quizás el más extenso de los cuatro capítulos. Como el propio título lo señala, considero aquello sobre lo que la mayoría de los iusfilósofos están de acuerdo que debe estudiar la filosofía del derecho:

1. **Teoría del derecho u ontología jurídica,** que no es lo mismo que teoría general del derecho, pues se ocupa de describir lo que es el derecho en la vida social humana en estrecha relación con otros fenómenos que se dan en la misma —fuerza y poder, y los límites de este último—, con la política, con la ética, con la validez y vigencia del derecho y con el Estado de derecho.
2. **Teoría de la ciencia jurídica o lógica jurídica,** desdoblada en tres puntos: teoría de la ciencia jurídica, es decir, una epistemología de lo jurídico; ciencia jurídica, verdadera ciencia cuyo objeto de estudio es el derecho, vista como el arte de lo equitativo y de lo bueno, y la lógica jurídica, vista como el arte de pensar y argumentar que debe ser ejercitado por el jurista o profesional del derecho.
3. **Teoría de la justicia o axiología jurídica,** trata de los valores generados y fundamentadores del derecho, entre ellos, y primordialmente, la justicia. A este contenido lo considero como el tema cen-

tral de la filosofía del derecho porque sin justicia, para qué hablar de derecho y sin justicia y sin derecho no tendría razón de ser una filosofía del derecho. Al final del capítulo considero el tema de los valores, tomando en cuenta a la justicia como un valor absoluto, pues sin ella el derecho lo mismo que el licenciado en derecho no tendrían razón de ser.

El tercer capítulo se ocupa de uno de los temas centrales de este libro: "El derecho con o sin moral". En él se aborda un asunto de permanente polémica y discusión, en razón del cual las posturas se contraponen: ya sea a favor o ya sea en contra de que deba existir o no relación entre estos dos ordenamientos de la vida del hombre. Todo se deriva del enfrentamiento entre iusnaturalistas y iuspositivistas en torno a la acepatación o rechazo de que la ley natural sea aceptada como verdadera ley y, en consecuencia, que el derecho natural también sea visto como derecho, o de que solamente el derecho positivo merezca esa nominación, trascendiendo al ámbito de la conducta humana que a cada uno le compete regular como si fueran departamentos estancos sin ninguna relación entre sí. Concluyo el capítulo con mi toma de posición, considerando las opiniones de los difernte autores.

El cuarto capítulo, titulado "Misión e importancia de la filosofía del derecho", obliga a un aterrizaje, no forzoso sino previsto. En él expongo, en primer lugar, que las disciplinas que conforman el derecho reciben de la filosofía del derecho claridad y certidumbre en su objeto de estudio, pues sólo una reflexión filosófica impide que se caiga en confusión a la hora de explicar conceptos o realidades que están fuera de alcance. En segundo lugar, expongo que la vida social, en la que es indispensable un ordenamiento jurídico, sólo alcanza sus fines mediante una reflexión filosófica sobre tal ordenamiento con el fin de mejorarlo y mejorar la misma vida social, así como a sus instituciones, para hacer más pacíficas las relaciones entre los hombres. Finalmente, expreso que si el licenciado en derecho tiene especial misión y especial función de ser consejero y director de hombres, sólo quien las desconoce pretende sostener que le es suficiente con conocer el derecho positivo y que basta con encontrar la solución legal en cada caso, no importando si es justa o no. La filosofía del derecho, al ser una disciplina formativa más que informativa, hará que el postulante lo mismo que el profesional del derecho no se sientan satisfechos con la solución legal, sino que se afanen siempre por lograr que aquélla también sea justa.

· CAPÍTULO I ·

Naturaleza de la filosofía y del derecho

Saber filosófico / saber científico

"Todos los hombres desean por naturaleza saber",[1] afirmación de Aristóteles al comienzo de la *Metafísica*. Verdad que, a su vez, se corrobora desde el inicio hasta el final en la vida del hombre; éste siempre pregunta por el ser de las cosas: ¿qué es esto? Se pregunta el por qué y el para qué de las mismas, hasta culminar en las preguntas: ¿qué o quién soy yo?, ¿para qué existo?, ¿cuál es el fin de mi vivir y de mi existir? Son las eternas preguntas sobre la esencia y la existencia de todo lo que es y existe, incluyendo al mismo que pregunta. Todos estos planteamientos conllevan a alguna respuesta, la cual puede satisfacer a quien pregunta o dar origen a una nueva pregunta, que es lo que sucede con mayor frecuencia, pues algo propio del hombre es el deseo siempre insatisfecho de saber, que nunca se llena y nunca se hastía. En absoluto, el hombre puede decir ya no quiero saber. Por ello, K. Popper indica que todos, hombres y mujeres, somos filósofos, aunque algunos lo son más que otros.[2]

Quizá por pereza intelectual o por conformismo existencial nos sintamos bien con respuestas inmediatas a lo que nos aqueja y nos tranquilizan por el momento; sin embargo, no podemos cancelar ni oponernos a la necesidad natural de encontrar respuestas que corresponden al ámbito espiritual y que rebasan nuestra dimensión material. Ésta es la razón que nos motiva a hurgar en estos dos campos del saber: la filosofía y el derecho, con la esperanza de poder encontrar alguna luz sobre lo que buscamos.

El saber generalmente se puede dar en dos dominios: el filosófico y el científico. El primero está identificado por ciertas notas, que conviene explo-

1. Aristóteles. *Metafísica*. L. I, 980ª.
2. "Cómo veo la filosofía", en *La lechuza de Minerva*, citado por Eusebio Fernández en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 17.

rar, de la cuales la primera consiste en que es un conocimiento intelectual, es decir, una actividad, una labor propia de la inteligencia, con lo cual no se pretende decir que los sentidos corporales no conozcan, que el conocimiento sensible no tenga importancia. Al contrario, siguiendo a J. Locke, diremos que es necesario e indispensable. Este filósofo, en el *Ensayo sobre el entendimiento humano*, después de argumentar su rechazo al innatismo cartesiano, señala el papel que desempeña la experiencia en el proceso del conocimiento: en ella, dice, se funda y deriva todo nuestro conocimiento,[3] también afirma que nada hay en nuestras mentes que no provenga de la experiencia o de la reflexión.[4]

La segunda se refiere a que el saber filosófico también es un conocimiento discursivo. La inteligencia, se dice, puede conocer de dos maneras:

a) En contacto directo con su objeto; el resultado de esta relación es un conocimiento intelectual intuitivo que suele darse de manera esporádica y ocasional.
b) Sin estar en contacto directo con su objeto, por lo que se deberá seguir un proceso.

Es decir, la inteligencia va conociendo, va abordando poco a poco a su objeto, va conociendo poco a poco la realidad, a través de ciertas etapas: simple aprehensión, juicio y raciocinio, elaborando un discurso. De manera gráfica se puede decir que poco a poco va mordiendo la realidad. La forma discursiva es, también, la manera ordinaria como conoce la inteligencia.

En tercer lugar, el saber filosófico es un conocimiento de lo real. Pero, ¿qué es lo real? Se dice que es todo lo que *existe*, todo lo que *es* y tiene *ser*, independientemente de que lo conozca o no el sujeto. El término *real*, sostiene Maritain, designa no sólo la existencia actual sino también la posible fuera del espíritu.[5] Lo real mide a la inteligencia, le señala pautas, es decir, no puede conocer más que lo que es. Por ello, la inteligencia debe ser humilde, en otras palabras, debe reconocer ser lo que es, y no ser lo que no es. De lo contrario caeríamos en el error, en la falsedad, en la mentira o en el engaño. Por lo tanto, debe sujetarse a lo real, ya que el horizonte del conocer está

3. J. Locke, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, p. 140.
4. *Ibid.*, pp. 142-143.
5. J. Maritain, *Distinguir para unir o los grados del saber*, p. 71.

constituido por el horizonte del ser. El ámbito del conocer es el ámbito del ser: todo lo que es puede ser conocido.

Asimismo, el saber filosófico es un conocimiento causal. Dice Aristóteles "suponemos que tenemos conocimiento de una cosa cuando conocemos su causa".[6] Ahora bien ¿qué es *causa*? El mismo filósofo responde: "aquello a partir de lo cual algo se hace o produce"[7] o "aquello de donde proviene el primer principio del cambio o del reposo",[8] o bien "lo que produce algo de lo que es producido, y lo que provoca el cambio o desencadena el movimiento respecto de lo que cambia o de lo que es movido".[9]

Existen cuatro causas: dos internas, la material y la formal, que hacen referencia a las dos primeras categorías: la cantidad y la cualidad, las cuales significan la materia y la forma integrantes de la sustancia, y dos externas, la eficiente y la final.

Cada una de las causas responde a una pregunta: la material ¿de qué está hecho?, la formal ¿qué o quién es?, la eficiente ¿quién lo hizo?, y la final ¿para qué lo hizo? La causa final tiene una peculiaridad. Es verdad que el fin de la obra a realizar puede ser diverso, pero si no está o no se tiene en forma clara lo que se persigue, las otras causas no se dan. De ahí que se diga que la causa final es la primera en la intención y la última en la ejecución. Por ello será la causa de las causas.[10] Ejemplo: *El David*. Si Miguel Ángel no hubiera tenido bien claro en su mente qué quería esculpir, no hubiera buscado el mármol ni hubiera plasmado en él esa imagen.

En el pasado, a la ciencia antigua, es decir, a la ciencia clásica, le preocupaba de tal manera la causa eficiente que, incluso, existía una disciplina denominada teodicea, estrechamente relacionada con la cosmología, pues el interés estaba puesto en explicarse el origen o causa de todo lo que existe, llámesele motor inmóvil o Dios, marcando con ello una diferencia importantísima con la ciencia moderna.

Hoy en día, a la ciencia moderna (a partir de Galileo) parece ser que no le preocupa mucho la causa eficiente, sino en más alto grado la causa final, pues lo que busca y pretende el hombre es que lo hecho, producido o inven-

6. Aristóteles, *Analítica posterior*, L. I, c. 2, 71b.
7. Aristóteles, *Física*, L. II, c. 3, 195ª.
8. *Idem*.
9. *Idem*.
10. Aristóteles, *Metafísica*, L. V, c. 2, 1013ª/1013b.

tado, le sirva, que sea eficaz, que funcione, no importándole en mayor medida saber su origen, preguntarse por su autor. Incluso, la ciencia moderna tiene tal poder de convicción que nos obliga a hacer actos de fe. Por ejemplo, que el hombre llegó a la luna, o la clonación, o todo lo que se dice sobre el descubrimiento del genoma humano. Actos de fe, tanto más peligrosos cuanto que se apoyan en la autoridad intelectual de los sabios o de los investigadores; pues para algunos no hay más verdad que la verdad científica.

Por otro lado, el saber filosófico es un conocimiento demostrativo. Hablar aquí de demostración es muy distinto de como lo entiende la ciencia moderna, el cientificismo, el positivismo científico. Por demostración entendemos "una inferencia a partir de premisas necesarias".[11] Hablar de premisas es hablar de proposiciones y sabemos que cualquier proposición está compuesta por sujeto, verbo y predicado, sólo que aquí las proposiciones de que se trata serán proposiciones reduplicativas, es decir, aquéllas en las que se enuncia la causa formal del predicado, esto es, cuando se enuncia lo que explica la razón de ser del predicado. Por ejemplo, puedo decir: Critias me curó, pero al preguntar por qué lo hizo, en la respuesta estará la reduplicación, y tendré que decir: Critias, por ser médico, me curó. Esto es así porque la verdad obtenida por conocimiento demostrativo —dice Aristóteles— será necesaria, y necesario es lo que no puede ser de otra manera de lo que se es.[12]

En tanto, la ciencia es un conocimiento elaborado por conclusiones que se desprenden como efecto de las proposiciones o premisas que deben ser mejor conocidas que aquéllas y anteriores a ellas. A estas proposiciones las llama Aristóteles inmediatas, verdades fundamentales, son indemostrables y no necesitan demostración porque son evidentes.[13] Constituyen los llamados *axiomas* o primeros principios especulativos, que para su comprensión basta explicarlos o mostrarlos. Estos principios son la base de cualquier conocimiento, de cualquier saber, de todas las ciencias, y son tan necesarios que aun cuando las ciencias ni siquiera los mencionen éstas se encuentran fundamentadas en aquéllos; como los cimientos de una casa o de un edificio, que aunque no se ven, allí están. Todas las ciencias se sirven ciertamente de ellos porque son propios del ser en cuanto ser.[14] Y podríamos añadir que gracias a ellos que son indemostrables todo lo demás se puede demostrar.

11. Aristóteles, *Analítica posterior*, L. II, c. 4, 73b.
12. *Idem*.
13. *Ibid*., L. I, c. 2, 71b/72ª.
14. Aristóteles, *Metafísica*. L. IV, c. 3, 1005a.

El más cierto de todos los principios es aquel sobre el cual es imposible engañarse, y es por excelencia el más cierto:

a) **Principio de no contradicción:** es imposible que, al mismo tiempo y bajo la misma relación, se dé y no se dé en un mismo sujeto un mismo atributo. Es imposible que una cosa pueda ser y no ser al mismo tiempo.[15]
b) **Principio del tercer excluso:** no es posible que haya un término intermedio entre los dos términos de una contradicción, sino que es necesario afirmar o negar una cosa de otra cualquiera;[16] por ejemplo, ¿está seco o está mojado? No, está húmedo. Este término intermedio "*húmedo*" se rechaza: está mojado o está seco, pero no húmedo.
c) **Principio de causalidad:** todo ser que se mueve es necesariamente movido por alguna cosa.[17] En otras palabras, todo efecto tiene su causa. Todo ente contingente que no tiene en sí la razón de su ser, la tiene necesariamente en otro. Toda causa es causa cuando produce un efecto. No hay efecto sin causa. De esto se sigue, por ejemplo, que padre e hijo tengan la misma edad.
d) **Principio de razón suficiente:** este principio no está dentro de la nomenclatura aristotélica, sin embargo se puede deducir de los planteamientos sobre el ser desarrollados en los libros IV, V y VII de su *Metafísica*: todo lo que es y existe tiene todo lo necesario para ser y existir. Sin embargo, el filósofo a quien se le debe su formulación es Gottfried Wilhelm Leibniz (1646), quien en su obra *Teodicea* lo define así: "que nada ocurre sin una razón por la cual deba ser así y no de otro modo".[18]

También es un conocimiento de lo necesario. Necesario significa —lo asentamos arriba— que lo que es no puede ser de otra manera de lo que es, y por ello se opone a lo contingente, que comprende todo aquello que es, pero que no hay ningún problema en que deje de ser. De Vries, dirá: El saber (la filosofía) se limita así a lo necesario, que siempre se conduce de la misma ma-

15. *Ibid.*, 1006ª; L. IX, c. 5, 1062ª.
16. *Ibid.*, c. 7, 1011b.
17. Aristóteles, *Física*, L. VII, c. 1, 241b.
18. Citado por Frederick Copleston, *Historia de la filosofía*, p. 260.

nera y, por tanto, a lo universal.[19] Si no se distingue la cosa individual de la esencia universal, no es posible comprender cómo el acontecimiento puede ser contingente, mientras la ley reconocida por la ciencia es necesaria; de hecho las cosas fluyen y cambian, mientras el objeto de la ciencia es inmutable. Esto se debe a que la contingencia depende de lo singular como tal, mientras que la ciencia opera de suyo no sobre lo singular como tal, sino sobre las naturalezas universales que están realizadas en lo singular y las necesidades propias de estas naturalezas. Las contingencias de lo singular escapan a la ciencia; no hay ciencia de lo contingente: su objeto propio son las necesidades de lo universal. Así, la universalidad del objeto de conocimiento es la condición de su necesidad y ésta, a su vez, la condición del conocimiento perfecto o de la ciencia. Por lo mismo que no hay saber sino de lo necesario, tampoco hay ciencia más que de lo universal y no de lo particular.[20]

De lo último no se desprende la afirmación de que lo individual no pueda conocerse porque, paradójicamente, aquello de lo que no puede haber ciencia en sentido estricto —que es lo individual, lo particular, lo contingente— es, precisamente, lo que más nos cautiva y nos maravilla porque es lo que realmente existe y no lo universal, que no existe, y que, curiosamente, es de lo que sí hay ciencia. Y no sólo eso, sino que sostenemos que sin lo particular no puede darse lo universal, y es al mismo tiempo aquello en donde lo universal se encuentra realizado.

Lo anterior es traducido de manera admirable por santo Tomás de Aquino al escribir: la inteligencia conoce las razones universales y necesarias de las cosas contingentes. Por eso, si se consideran las razones universales de los objetos del saber, toda ciencia es de lo necesario; si bien tomando las cosas materialmente, y considerando las cosas mismas sobre las cuales trabajan las ciencias, algunas de ellas —las matemáticas, por ejemplo—, tienen por materia cosas necesarias, y otras —como la física— cosas contingentes.[21] La filosofía, por tanto, se encuentra en este nivel de conocimiento: de lo universal y necesario, pero teniendo como punto de partida lo particular, lo contingente.

19. J. de Vries, *Pensar y ser*, p. 230.
20. J. Maritain, *op. cit*., pp. 58-59.
21. Santo Tomás de Aquino, Ia, pars, q. 86, a. 3.

Justificación y sentido actual de la filosofía

Si la filosofía es necesaria todavía —dice Adorno— lo es, más que nunca, como crítica.[22] La reivindicación de la función crítica de la filosofía implica, en todo caso, el entendimiento entre ciencia y filosofía como dos sectores diferenciables de la total actividad cognoscitiva humana. Es claro que, a través de la razón, el hombre que siente frente a sí las fuerzas de una naturaleza incontrolada y hostil, por una parte, y de otra, las relaciones sociales con frecuencia por él sentidas como ajenas y extrañas, se ve obligado a luchar por comprender, controlar y transformar esa naturaleza y esa sociedad que le son en gran medida hostiles. Sólo en estricta comunicación dialéctica con los más recientes intentos de solución que se han dado en la filosofía y en la terminología filosófica —indica el mismo autor citado— puede ser capaz de imponerse una verdadera transformación de la conciencia filosófica. Esa comunicación tendrá que tomar su material de las ciencias particulares y, de forma preponderante, de la sociología, que hace cristalizar pequeños elementos carentes de intencionalidad, y no obstante asociados al material filosófico.[23]

En ese contexto, escribirá Elías Díaz:

> el propósito y el sentido de esa actividad racional, es decir, el objetivo de la filosofía y, a su vez, de las ciencias naturales y de las ciencias sociales la razón de su forzada y difícil existencia, no es, pues, sino la construcción de un mundo (naturaleza y sociedad) que de hostil y extraño al hombre, pase en forma progresiva a ser un mundo humano, habitable, comprensible y orientado por el hombre para la superación de su propio extrañamiento, para su liberación real, para su plenaria autorrealización, es decir, para la liberación y autorrealización de todos los hombres.[24]

Ahora bien, dentro de esa actividad racional del hombre, es conveniente distinguir con la mayor claridad posible entre esos dos sectores o niveles de conocimiento denominados ciencia y filosofía. La ciencia —indica Ferrater Mora— es un modo de conocimiento que aspira a formular mediante lenguajes rigurosos y apropiados —en lo posible, con auxilio del lenguaje matemático— leyes por medio de las cuales se rigen los fenómenos. Estas

22. Th.W. Adorno, *Justificación de la filosofía*, pp. 15-16.
23. Th.W. Adorno, *Actualidad de la filosofía*, p. 96.
24. Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 317.

leyes son de diversos órdenes. Todas tienen, sin embargo, varios elementos en común: ser capaces de describir series de fenómenos; ser comprobables por medio de la observación de los hechos y de la experimentación; ser capaces de predecir —ya sea mediante predicción completa, ya mediante predicción estadística— acontecimientos futuros. Y, concluye, tras referirse a la necesidad de una metodología rigurosa, apta para lograr esa precisión y comprobación propias de cada teoría científica y de cada ciencia: en general, se considera que una teoría científica es tanto más perfecta cuanto más formalizada se halla.[25]

La ciencia, se ha dicho, se caracteriza por su seguridad y exactitud; la filosofía, en cambio, muestra un mayor grado de incertidumbre y problematismo. La primera trabaja sobre hechos empíricos, comprobables también empíricamente; la segunda pretende hablar sobre realidades en las que esa comprobación empírica parece que no se da. La ciencia sería, en definitiva, positividad; la filosofía, trascendencia crítica de esa positividad; la ciencia, un modo de conocer, mientras que la filosofía es un modo de vivir; la ciencia es un conocimiento limitado; la filosofía, conocimiento ilimitado.

Bertrand Russell, con toda honestidad intelectual, aceptando ciertas limitaciones del pensamiento analítico y neopositivista en el que está inmerso, escribe: filosofar es especular sobre problemas de los cuales un conocimiento exacto no resulta todavía posible. Una de las principales funciones de la filosofía radica en mantener la especulación sobre materias que no siempre podemos sujetar al conocimiento científico; porque, en definitiva —indica— el conocimiento científico no recubre sino una pequeña parte de los muchos problemas que interesan —o deberían interesar— a la humanidad. Hay muchos puntos, y de inmenso interés, sobre los cuales la ciencia tiene poco que decirnos, al menos por el momento; confinar la imaginación dentro de lo ya conocido —concluye— constituye algo que yo consideraría altamente lastimoso. Imaginar el mundo haciendo retroceder sus límites a través de la formulación de hipótesis, me parece, en efecto, una función posible de la filosofía. Resulta de ahí que la ciencia —para él— es lo que conocemos, mientras la filosofía es lo que no conocemos. Hay muchas cosas que la ciencia no sabría tratar. Por ejemplo, todo lo que se refiere a los valores. La ciencia es incapaz

25. M. J. Ferrater, *Diccionario de filosofía*, p. 490.

de decirnos lo que está bien y lo que está mal. Parece que esto correspondería, pues, a la filosofía.[26]

En otro lugar, frente al pragmatismo de quienes se inclinan a dudar que la filosofía sea algo más que una ocupación inocente, pero frívola e inútil, Russel señala que la utilidad que brindan las ciencias físicas no pertenece a la filosofía: "El valor de la filosofía debe hallarse exclusivamente entre los bienes del espíritu, y sólo los que no son indiferentes pueden llegar a la persuasión de que estudiar filosofía no es perder el tiempo".[27] Un poco más adelante apunta que, de hecho, el valor de la filosofía en gran medida debe ser buscado en su real incertidumbre; sin embargo, la filosofía, aunque incapaz de decirnos con certeza cuál es la verdadera respuesta a las dudas que suscita, es capaz de sugerir diversas posibilidades que amplían nuestros pensamientos y nos liberan de la tiranía de la costumbre.[28] La filosofía tampoco da soluciones; que éste sea el motivo o la razón de estudiarla y conocerla, para algunos, diremos simplemente que es haber errado la vocación.

Al final de la obra escribe el autor citado:

> El valor de la filosofía ha de medirse no tanto por las respuestas concretas a los problemas que plantea, sino más bien por el valor de los problemas mismos; porque estos problemas amplían nuestra concepción de lo posible, enriquecen nuestra imaginación intelectual y disminuyen la seguridad dogmática que cierra el espíritu a la investigación; pero, ante todo, porque por la grandeza del Universo que la filosofía contempla, el espíritu se hace a su vez grande, y llega a ser capaz de la unión con el Universo que constituye su supremo bien.[29]

Podría parecer un abuso el citar con tal extensión a un hombre estrechamente vinculado con el pensamiento analítico anglosajón y con el positivismo lógico, como es B. Russell. Sin embargo, me parece muy relevante y significativa esa defensa de la filosofía procedente de un hombre con estas características. Su filosofía es una filosofía racional que se asienta en la ciencia, pero que invita al mismo tiempo a filosofar, consciente de que existen campos del saber y del preguntar a los cuales la ciencia no puede llegar ni responder.

26. B. Russell, S*peaks his mind*, citado por Elías Díaz, *op. cit*., p. 319.
27. B. Russell, *Los problemas de la filosofía*, pp. 178-179.
28. *Ibid.,* pp. 182-183.
29. *Ibid*., p. 187.

Relación *sí* / *no* entre las ciencias y la filosofía

Un fenómeno natural que aparece y se da en los seres humanos es que, llegado cierto momento en su desarrollo, los hijos, por ejemplo, desean y buscan la independencia, in *lato sensu*, entendida en relación con los padres; quieren sentirse libres, autosuficientes, hasta que se convencen de que no es posible tal autonomía ni la autarquía con las que soñaron y creyeron poder vivir. De manera semejante, y en la debida proporción, esto mismo lo vivieron las ciencias durante mucho tiempo en el que se mantuvo la afirmación: la filosofía es madre de todas las ciencias. Pero también, éstas, por su parte, crecieron y progresaron de tal manera que, en el siglo pasado (el XX), quisieron autofundamentarse, es decir, independizarse, hasta el extremo que a la filosofía sólo le dejaron como objeto de estudio el ámbito de los valores, quitándole con ello su ser (filosofía), para convertirla en axiología: una parte se transformó en el todo. Pero pronto reconocieron su buena dosis de soberbia que las motivó a separarse y comenzaron a regresar las aguas a su cauce —como bien lo atestigua B. Russell, citado arriba—, y han ido apareciendo innumerables ediciones de obras cuyo objeto de estudio es tratado y abordado desde la filosofía: filosofía de la ciencia, de la biología, de la economía, de la empresa, etcétera.

¿Qué es entonces lo que sucede? Hemos afirmado que en el hombre hay un deseo natural de saber; saber que le obliga a preguntar, y preguntar que requiere una respuesta; respuesta a su vez, que muchas veces no satisface, porque responde a la inmediatez, a lo próximo, a lo cercano, lo cual es propio de las ciencias, pero el hombre requiere de algo más que solamente se lo puede brindar la filosofía. Lo cierto es que las explicaciones de la ciencia —dirá Maritain—, al no darnos el ser íntimo de las cosas y al no ser explicativas más que por las causas próximas o simplemente por cierta especie de causa formal, no pueden saciar la sed del espíritu, al que inquietarán necesariamente cuestiones de un orden más elevado, pues siempre querrá penetrar en el misterio de lo inteligible.[30]

Ahora bien, toda ciencia tiene su punto de partida en la experiencia, en lo real. Y por real entendemos —como lo señalamos anteriormente— todo lo que tiene ser, es y existe, independientemente de que lo conozca o no el sujeto. Al mismo tiempo, las ciencias se especifican por su objeto o materia

30. Maritain, *op. cit.*, p. 88.

de estudio y por el camino o método que emplean para llegar a él. También hay que decir que las ciencias pueden coincidir en el objeto material; por ejemplo, en el caso del hombre, cada ciencia elige una parte o un aspecto de él, se trate de la biología, la física, la psicología, o de cualquier otra; en cambio, la filosofía lo estudia como un todo, y desde otro punto de vista diferente del de cada ciencia en particular, y éste será el objeto formal que es el que especifica a cada ciencia. Es decir, cada una da razón de su objeto según su capacidad: las ciencias a través de una explicación o razón inmediata o próxima de lo que es o sucede; la filosofía, por su parte, responde tratando de dar una razón o explicación última o primera de su objeto, es decir, que no hay otra por encima de la que ella exponga.

Por consiguiente, podemos sostener que la filosofía es totalizadora mientras las ciencias son parciales; la filosofía da razones últimas mientras las ciencias se contentan con dar razones inmediatas o próximas; las ciencias estudian relaciones, la filosofía estudia esencias o realidades; las ciencias trabajan con presupuestos, la filosofía es una ciencia sin presupuestos; las ciencias consideran fenómenos, comportamientos, la filosofía considera el ser, el valor, el Absoluto, la vida, la libertad, el sentido del universo, el bien. Incluso, hasta podríamos decir que la filosofía es infalible en sus razones mientras que a las ciencias no se les puede pedir esto, pues sus afirmaciones versan sobre algo que puede ser verdadero para hoy pero quién sabe si para mañana lo será. La filosofía tendrá como misión —señala Fraile— penetrar más profundamente, investigando las causas últimas de los seres y analizando sus esencias con métodos racionales y especulativos.[31]

Por lo anterior, podría pensarse que se trata de dos saberes independientes y separados; sin embargo, entre ellos no sólo se dan coincidencias y diferencias, sino que además —como bien señala Aranguren—, "la filosofía actual tiene que pasar por la ciencia y no es, en definitiva, sino la ciencia en cuanto que se pone a sí misma en cuestión y se constituye en vigilante de sí misma, en su fundamento y en su problemática totalización". Y añade: "La filosofía necesita nutrirse de la materia positiva, que sólo pueden suministrarle, por un lado, el conocimiento científico de la naturaleza y, por otro, el conocimiento científico del hombre, es decir, las que empiezan a ser llamadas 'nuevas humanidades'".[32]

31. G. Fraile, *Historia de la filosofía I,* p. 15.
32. J. L. Aranguren, *El futuro de la universidad*, p. 24.

Sin esa profunda vinculación con la ciencia, la filosofía perdería todo su sentido y justificación. Así piensa Legaz y Lacambra cuando escribe: "cuanto más contacto con el saber científico tenga un filósofo, tanto más sólida y eficaz será su filosofía. Quien abandona la ciencia termina en la retórica o en el solipsismo".[33] O bien, en el dogmatismo ideológico y acientífico, porque la filosofía reflexiona y estudia su objeto gracias a los objetos de las ciencias. Más aún, los datos científicos son como ilustraciones de las cuales normalmente se sirve el filósofo para encarnar sus ideas y aclararlas con ejemplos. El progreso científico —sostiene el doctor Sanabria— es una nueva luz para la filosofía y todo progreso en filosofía estimula y confirma el progreso de la ciencia.[34]

En razón de lo escrito hasta este momento, podemos hacer la pregunta siguiente: ¿qué entendemos por filosofía? Pregunta que no es fácil de responder, pues si la entendemos como un saber, diremos que es: "*scientia rerum omnium, per causas ultimas, naturali rationis lumine comparata*".[35] Pero si la concebimos como una forma de vida, diremos, con el doctor Sanabria, que "la filosofía es ciencia, pero una ciencia especial; es la sabiduría vital del problema humano y del todo en sus principios radicales".[36]

Partes de la filosofía

La división de la filosofía tiene su origen en el propio ser humano que tiene la capacidad de conocer tanto de manera especulativa como de manera práctica; y que siente la necesidad de dividir, distinguir o separar para unir. Esto constituye la razón por la cual desde los tiempos de Aristóteles se distingue entre ciencia especulativa y ciencia práctica. Según el doctor Sanabria, la primera se queda en la pura contemplación de la verdad. Es el saber por el saber. La segunda tiende a que se realice lo conocido. Es el saber para actuar. Es la encarnación de lo contemplado.[37]

33. Legaz y L. L., *Filosofía del derecho*, p. 16.
34. T. R. Sanabria. *Introducción a la filosofía*, p. 56.
35. "Conocimiento de todas las cosas, por sus últimas causas, comparadas a la luz natural de la razón". J. J. Urráburu, citado por Fraile, *op. cit.*, p. 15.
36. T. R. Sanabria, *Ética*, p. 29.
37. *Ibid.*, p. 21.

De la primera forma de conocer, la especulativa —cuyo método es la abstracción—,[38] Maritain distingue tres grados: en el primero, el espíritu considera los cuerpos en su realidad móvil y sensible, los cuerpos revestidos de sus cualidades y propiedades experimentalmente verificables: tal objeto no puede ni existir sin la materia y las cualidades que le están unidas, ni ser concebido sin ella. Éste es el dominio de lo que los antiguos llamaban *Physica*: conocimiento de la naturaleza sensible. En el segundo, el espíritu puede considerar objetos abstraídos ya y purificados de la materia en cuanto es ésta en general el fundamento de las propiedades sensibles, activas y pasivas de los cuerpos; luego no considera más que cierta propiedad que desentraña de los cuerpos: la cantidad, número o extensión tomada en sí, objeto de pensamiento que no puede existir sin la materia sensible, pero que puede ser concebida sin ella, porque nada sensible o experimental entra en la definición de elipse o de la raíz cuadrada, por ejemplo. Es el dominio de la *Mathematica*: conocimiento de la cantidad como tal, según las relaciones de orden y de medida que le son propias. En el tercero, el espíritu puede considerar objetos abstractos y purificados de toda materia, reteniendo de las cosas sólo el ser mismo contenido en ellas, el ser como tal y sus leyes; objetos de pensamiento que no sólo pueden ser concebidos sin la materia, sino que hasta pueden existir sin ella, ya porque jamás existen en la materia, ya porque existen tanto en las cosas materiales como en las inmateriales. Es el dominio de la *Metaphysica*: conocimiento del ser en cuanto ser.[39] Tenemos, pues, tres grandes ciencias en el dominio especulativo: la *Physica* o filosofía de la naturaleza, la *Mathematica* y la *Metaphysica*.

Por la manera práctica de conocer, decíamos, el hombre tiende a que se realice lo conocido. Es el saber para actuar, saber para normar, teniendo como fin algo que no existe: una obra, una acción, que se realizará, que será puesta en la existencia por el hombre. Por consiguiente, el conocimiento teórico o especulativo difiere del operativo o práctico por cuanto tiene como fin la verdad que considera, mientras que el práctico ordena la verdad considerada a la operación como fin. De ahí que Aristóteles en *De Anima* dejara escrito: la mente práctica difiere de la mente especulativa o teorética en el fin que persigue.[40] Afirmación que corrobora y aclara en la

38. *Abstraer*: acción y efecto de separar conceptualmente algo de algo, esto es, de poner algo (alguna característica o propiedad, sobre todo) mentalmente aparte. Ferrater, *Diccionario de filosofía*, p. 24.

39. *Op. cit*., pp. 70-71.

40. Aristóteles, *De Anima* / *Obras*, L. III, c. 10, 433b.

Metafísica: el fin de la ciencia especulativa es la verdad y el fin de la ciencia práctica, la misma obra.[41]

Por otra parte, es conveniente que la materia sea proporcionada al fin; lo cual exige que la materia del saber práctico sean aquellas cosas que pueden ser realizadas por nuestra acción, para que su conocimiento pueda ser ordenado a la operación como fin. Y el fin que se persigue al actuar puede verse reflejado en dos actividades: transitiva e inmanente. Para tener certeza en cuál de las dos nos movemos, es necesario saber el fin que buscamos en cada una de ellas. Si lo que busco es la perfección de lo que está fuera de mí, transitiva, de lo que hago: una casa, unos zapatos, un automóvil (física y materialmente entendido), estaré en el campo, en el ámbito o dominio del hacer, del *facere*: en el que se busca que las cosas o artefactos que resulten de mi acción estén bien hechos, tengan calidad, para lo cual debo ayudarme de la virtud del Arte, que es la *recta ratio factibilium* (la recta razón en el hacer). Así, por ejemplo, si buscamos que algo sea útil, tendremos la filosofía del trabajo; si se busca que lo hecho sea bello, tendremos la Estética o la Fenomenología del arte; si se pretende que lo hecho sea eficaz, tendremos la filosofía de la técnica, y también la Tecnología. Ahora bien, si el fin que se busca es la perfección del propio agente; si el sujeto busca la perfección de su propia naturaleza, que es lo que identifica a la actividad inmanente, estaremos en el campo del actuar, del *agere*, y deberá ayudarse el sujeto de la virtud de la Prudencia, que es la *recta ratio agibilium* (la recta razón en el obrar). Las disciplinas que se encuentran en este campo del saber práctico y que ayudarán a alcanzar el fin que se busca, que es la propia perfección, son entre otras: la filosofía moral o ética, la filosofía política, la filosofía social, el derecho, la deontología jurídica y la filosofía del derecho.

Si bien estas dos actividades, la transitiva y la inmanente son diferentes, entre ellas debe existir una estrecha relación no sólo porque "el mundo de los objetos y de lo pragmático se ordenan al mundo de las personas y de lo ético" —como dice Rodríguez Luño—,[42] sino también porque si se carga el acento en la segunda, en la inmanente, que se refiere a la perfección del propio sujeto, el resultado previsto se dará, pues es evidente que siendo buena la persona en sí, lo que haga también será bueno o, por lo menos, siempre se

41. Aristóteles, *Metafísica,* L. II, c. 1, 994ª.

42. L. A. Rodríguez, *Ética general*, p. 149.

esforzará para que sea así: *nemo dat quod non habet* ("nadie da lo que no tiene"). Aristóteles lo expresaba de esta forma: "Cada cual juzga acertadamente de lo que conoce, y de estas cosas es buen juez".[43] Esto mismo, aplicado a la acción del hombre —traspolando su significado—, podemos decir que cada quien actúa de acuerdo con lo que es. Así, para el caso concreto, si la persona es buena también será buen abogado sin lugar a duda. En todo caso, la distinción entre obrar (*agere*) y hacer (*facere*) —observa Rodríguez Luño— debe entenderse no como una distinción entre dos géneros de acciones completamente independientes, sino como una distinción de aspectos formales que pueden ser poseídos por una misma acción.[44]

Si de la forma rigurosa y formal, como lo hemos hecho hasta ahora para hablar de la filosofía, pasamos al terreno de la vida ordinaria —sin demérito alguno—, en palabras llanas diremos a continuación, en qué consiste esa actividad intelectual del hombre que es el filosofar.

Kant dejó escrito en la *Introducción a la teoría del derecho*: "Una teoría del Derecho meramente empírica es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso".[45] Con lo cual, establece de inmediato, como se puede ver, la relación a la que se debe tender en el conocimiento y que debe mantenerse, entre lo práctico y lo teórico.

En consecuencia, podemos decir que el concepto de filosofía del derecho que se tenga, dependerá en gran medida del concepto de filosofía que se posea. De acuerdo con esto se puede vislumbrar que los sistemas filosófico-jurídicos contemporáneos dependen de la ideología del autor y del sistema filosófico que se adopte. Por lo mismo, a manera de imperativo, debemos tomar una postura, cualquiera que ésta sea: racionalismo jurídico, positivismo jurídico, iusnaturalismo, voluntarismo jurídico, o bien, la que nos parezca más convincente, con tal que seamos congruentes con la elección que hagamos, aunque también es de sabios cambiar; pues sabemos de antemano que ha existido y existe una actividad intelectual humana llamada filosofía, cuya vigencia presente y futura se puede confirmar y asegurar con este argumento: mientras haya problemas filosóficos habrá filosofía. Al mismo tiempo, la

43. Aristóteles, *Ética nicomaquea / Obras, N.* L. I, c. 3, 1095ª.
44. Rodríguez, *Ética general*, p 199.
45. I. Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, p. 46.

necesidad que éstos tienen de ser interpretados críticamente, es lo que justifica su existencia y perennidad.

Por lo tanto, con fundamento en lo anterior podemos decir que la filosofía es discusión, reflexión, crítica, un continuo querer salir de la duda, un eterno cuestionamiento. Pero hay una cosa —como lo apuntamos arriba—: cuanto más preguntamos, más dudas resultan, porque el hombre tiene de por sí la vocación de ser filósofo y responderá a esa llamada alimentando cada día el deseo de saber. Y en *stricto sensu*, la filosofía es una forma de vida, vivencia en la llamada permanente del ser, que moldea y marca al hombre que la sigue.

Por lo anterior, termino este apartado citando al doctor Sanabria —de feliz memoria—: La filosofía es un saber. Pero no un saber por saber. Sino saber para vivir. Para saber vivir. Y para saber morir. La filosofía enseña a vivir como hombre cabal. Porque "el hombre es demasiado grande para bastarse a sí mismo".[46]

Naturaleza del derecho

Hablar de la naturaleza de algo es hablar de lo que ese algo es, es decir, de su esencia, lo cual es una labor nada fácil de llevar a cabo, pues la pretensión que la anima es lograr una definición de ese algo del cual se habla, que no significa otra cosa que saber qué es. Según Aristóteles "la definición es la afirmación de la naturaleza de una cosa". Unas líneas adelante vuelve sobre lo mismo y establece: "la definición es una afirmación indemostrable de la naturaleza esencial de algo".[47] Aristóteles no dice que lo definido exista, sino simplemente lo que es, y éste es el papel de la definición.

Cuando queremos precisar la naturaleza de un objeto o la comprensión de la idea que lo expresa —señala Steenberghen—, intentamos definir ese objeto, discernir lo que le es propio y establecer sus límites. Definir un objeto es situarlo en una clasificación (natural o artificial) y, en consecuencia, explicarlo por sus relaciones con los otros objetos. Definir un concepto es oponerle a otros conceptos y referirlo a conceptos más primitivos, más simples, más generales: es situarlo en una clasificación de conceptos, organizada a partir

46. T. R. Sanabria, *Introducción a la filosofía*, p. 303.
47. Aristóteles, *Analítica posterior / Obras*, c. 10, 94ª.

de categorías o géneros supremos, descendiendo, por precisiones sucesivas, hasta los conceptos más específicos.[48]

Por lo que al derecho se refiere, muchos autores coinciden en lo difícil que es tratar de definirlo. Entre ellos, Couture escribe:

> el vocablo derecho ha sido considerado desde antiguo como indefinible. La palabra *derecho*, por sí sola, como unidad conceptual no se puede definir. La razón consiste en que quien no distingue confunde y quien confunde no puede definir. […] Las definiciones pueden ser erradas. Lo que no parece errado es la rigurosa distinción que debe hacerse de las diversas acepciones.[49]

Lo que el derecho sea —afirma Del Vecchio— todo el mundo lo sabe de un modo aproximado. Pero la definición precisa del concepto presenta graves dificultades. La prueba de esto la tenemos en que las distintas investigaciones llevadas a cabo sobre este punto no han conducido todavía a resultados universalmente aceptados.[50] Una muestra de esta observación son las palabras de Emmanuel Kant: "Los juristas buscan todavía la definición del concepto de derecho".[51] Estas palabras tal vez no han perdido su valor, aunque algunos resultados logrados pueden ya considerarse definitivos.

Por su parte, un gran iusfilósofo de nuestros tiempos H. L. A. Hart, en su obra *El concepto de derecho*, sobre este punto escribe:

> La definición, como la palabra lo sugiere, es principalmente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro. La necesidad de tal delimitación es experimentada con frecuencia por quienes están perfectamente habituados al uso cotidiano de la palabra en cuestión, pero no pueden enunciar o explicar las distinciones que, según ellos, sienten, dividen un tipo de cosas de otro. Todos nosotros nos hallamos a veces en esa situación, que en su momento fue expresada en las famosas palabras de San Agustín sobre la noción de tiempo. A la pregunta ¿Qué es pues el *tiempo*?, responde: "si nadie me lo pregunta lo sé; pero si quiero explicárselo al que me lo pregunta, no lo sé.[52]

48. F. V. Steenberghen, *Ontología*, p. 39.
49. E. Couture, *Vocabulario jurídico*, pp. 29-30.
50. G. del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 273.
51. Nota *k*, en I. Kant, *Crítica de la razón pura*, pp. 585-586.
52. San Agustín, *Confesiones*, L, XI, XIV, 17, p. 478.

Es así que aun juristas avezados han sentido que aunque conocen el derecho, hay mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entienden plenamente.[53]

Por lo anterior, con toda razón señala el mismo Hart:

> Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho? [...] No hay una basta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?"[54]

Por lo general, cuando preguntamos ¿qué es algo?, sea una cosa o un objeto, y en este caso ¿qué es el derecho?, no es porque no sepamos nada sobre eso que preguntamos —por lo menos sabemos que existe, tenemos, aunque sea, una idea de ello, alguna noción—, sino porque queremos saber más o porque queremos conocer mejor lo que ya sabemos de él.

La observación muy atinada hecha por Hart es un indicio del gran problema que entraña la tarea de buscar saber qué es el derecho. Pero, ¿dónde está la raíz de tal dificultad? López Calera encuentra una explicación en la ambigüedad y ambivalencia que encierra el término derecho, pues ha tenido históricamente sentidos y funciones diversos e incluso contradictorios.[55] Se habla, por ejemplo, de los estudios de derecho, de los estudiantes de derecho o de la ciencia del derecho, del derecho de un país determinado: derecho romano, derecho español; o decimos que "tenemos derecho a algo"; también afirmamos que "no hay derecho a que tales cosas ocurran de una u otra manera". En presencia de tal variedad de sentidos, nos vemos precisados —como observa Legaz y Lacambra— a reconocer que esta palabra no expresa un concepto unívoco, pues con una misma palabra expresamos cosas distintas.[56]

Además de la ambigüedad que encierra el término en cuestión, Atienza señala otras causas que hacen difícil encontrar una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué es el derecho. Una de ellas reside en que el derecho es un fenómeno histórico, relativo a sociedades concretas, por lo que sus notas definitorias no pueden prescindir de un espacio y un tiempo determinados.

53. H. L. A Hart, *El concepto de derecho,* pp. 16-17.
54. *Ibid.,* p. 1.
55. C. N. Ma. López, *Filosofía del derecho I*, p. 61; M. Atienza, *El sentido del derecho*, p. 52.
56. *Ibid.,* p. 258.

Así, lo que hoy lo caracteriza quizá no se encuentre ni en el mismo grado ni con la misma intensidad que en otros tiempos o en otro tipo de organización social.[57] Otra causa, señala, es el carácter enormemente complejo del fenómeno al que se alude con esa expresión. Por esta razón será muy diferente lo que ven y lo quieren encontrar en el derecho los legisladores, el juez, los estudiosos del mismo, el abogado, la gente en general.[58] Otra seria dificultad la encuentra en el carácter práctico y valorativo del derecho. Nuestro interés por éste no es solamente de carácter cognoscitivo, sino, sobre todo, práctico y valorativo. Pues si el derecho es una forma de regular la conducta de la gente, es evidente que ello envuelve necesariamente juicios de valor. Por ejemplo, si existen normas jurídicas que castigan el homicidio, las lesiones o ciertos tipos de aborto, ello implica, sin duda, que el legislador valoró negativamente esas conductas.[59] Finalmente, otra dificultad la encuentra en el mismo concepto de definición.[60] Y tiene mucha razón, ya que la definición que de algo se pretende obtener, puede ser genética (de origen): si la aplicamos al ser humano, diremos que es el resultado del encuentro de dos elementos, el masculino y el femenino; descriptiva (cómo es): es el ser que tiene tal estatura y está conformado de muchas partes; operacional (lo que hace): es el ser que realiza las obras más maravillosas pero también las más deleznables; esencial (lo que es): es el ser compuesto de género próximo y diferencia específica, animal racional; prescriptiva (cómo debe actuar): es el ser que siempre debe actuar bien.

Señalamos antes que si queremos saber qué es el derecho tendremos que llegar a una definición del mismo, ya que el papel de la definición es decirnos lo que algo *es*, y no simplemente si es o no es. Desde nuestro punto de vista, por el momento, diremos que hablar de la génesis del derecho no representa mayor problema, pues todo hombre coincidirá en que es una necesidad de la propia naturaleza humana. Por otra parte, hablar de él en términos esenciales es nada menos que imposible, pues las llamadas nociones primeras, entre ellas el derecho, no soportan una definición por género próximo y diferencia específica, que es la definición esencial. Por lo que la

57. *Ibid.*, pp. 33-34.
58. *Ibid.*, pp. 37-39.
59. *Ibid.*, p. 40. López Calera ve esta dificultad en la inevitable naturaleza ideológica del objeto de definición (el derecho). El derecho, sea lo que sea —dice—, hace siempre referencia a valores, fines e intereses. *Op. cit.*, p. 62.
60. *Ibid.*, p. 41.

definición de derecho a la que lleguemos tendrá que ser, por exclusión, una combinación de la descriptiva, de la operacional y de la prescriptiva.

Significación lingüística del derecho

Es conveniente aún, antes de encontrar lo que estamos buscando, indagar qué es lo que la ciencia jurídica actual dice al hablar de derecho. Es cierto que a través de la historia se han dado diversas formulaciones lingüísticas, pero, expresando todas ellas lo que nosotros queremos decir con la palabra derecho en español: *droit*, *diritto*, *recht*, *jus*, *directum, right, law*. En la ciencia jurídica moderna el sentido dominante de lo que es derecho es un sentido normativista. El derecho es visto como norma. Pero el *jus,* que era la palabra técnica latina que usaron los juristas romanos, no tenía en un principio ese sentido normativista; significaba, más bien, aquello que se puede hacer que no daña a los hombres. Los romanos —como lo indica Iglesias González— utilizaban el *jus* para designar el derecho elaborado por los hombres, mientras que el término *Fas*, designaba el derecho sagrado, emanado de la divinidad.[61] Ese significado primigenio del *jus* es el que prevalece en la concepción subjetivista del derecho, y en aquellas palabras que aún conservan su etimología:

- *Justum*: el derecho como lo recto o justo
- *Jurisdictio*: la potestad de declarar y aplicar el derecho
- *Judex*: la persona que lo ejerce
- *Judicare*: la función de juzgar
- *Judicium*: el acto o actos que tienden a declarar el derecho

Sin embargo, tanto el pensamiento como el lenguaje jurídico romano cambian, evolucionan, y con ello también el significado del *jus*, que se transforma en el de *lex*, adquiriendo con ello el sentido normativista que no tenía anteriormente; así, en las *Instituciones* de Justiniano puede leerse: *scriptum jus est lex*,[62] ("el derecho escrito es ley"). El derecho romano —escribe N.

61. G. R. Iglesias e I. M. Morineau, *Derecho romano,* p. 27.
62. Justiniano, *Instituciones,* I, 2, 3, citado por Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, p. 261.

Bobbio— era típicamente un derecho de formación social que se constituyó poco a poco a través de un desarrollo secular sobre la base de las *mores*, de la jurisdicción del pretor y, sobre todo, sobre la base de la elaboración de los juristas. Todo este conjunto de normas es recogido, por iniciativa de Justiniano, en el *Corpus juris civilis*, de tal forma que pierden su mismo carácter de derecho de origen social para asumir el de derecho que encuentra su fundamento de validez en la voluntad del príncipe, según la fórmula del *Codex* (que es una de las cuatro partes del *Corpus*), por la que *quod principi placuit legis habet vigorem*, que se inspira en otra fórmula más explícita: *solus princeps potest facere leges*.[63] Pero la palabra latina que expresa plenamente el sentido normativo del derecho es *directum*,[64] pues el triunfo de este término sobre el *ius* significó la ruptura de la relación que había entre la norma y la justicia. Ahora, con esta concepción formalmente normativista se alude no a la justicia de la norma sino a la misma ordenación que dirige, al origen de la norma y no a su calidad de justa o injusta.

A partir de ese tiempo (estamos hablando del siglo VI d.C., 527-565), en el transcurso de los años han existido corrientes del pensamiento jurídico, como el intento de Hans Kelsen para definir al derecho sin ningún contenido de justicia. Esto, como sabemos, fue una consecuencia de la influencia del pensamiento kantiano, que dio como resultado —lo que veremos más adelante— una definición del mismo, meramente formal, es decir, carente de contenido. Pero antes de llegar a ese punto trataremos de ver si el derecho tiene o no una base, tiene o no una razón fundamental de ser.

63. N. Bobbio, *El positivismo jurídico / Lecciones de filosofía del derecho*, p. 47.

64. Lo más probable —señala Couture— es que la transición se haya efectuado paulatinamente. Por ejemplo Tito Livio usa la expresión *directo petere*, y ni la forma ni el contexto nos ayudan a decidir si *directo* debe interpretarse como adverbio "pedir formalmente o rectamente", o como ablativo de *directum*, *-i*: "pedir con derecho". Varios autores de la época imperial usaban la construcción *dirigire alique re* "conformar (una cosa) según la norma de otra", y en esta frase puede haber otra idea del derecho: lo conformado a una norma. Por otra parte, en el *Digesto* de Justiniano aparece *directa actio*, que según el contexto, más que "acción directa", significa "acción recta" o sea "que nace de las palabras de una ley". Esta última acepción del adjetivo *directus*, *-a*, *-um* vuelve a aparecer en el latín medioeval (Grégoire de Tours. Siglo VIII): *verbum directum*, "la palabra recta". A través de expresiones como las citadas, el adjetivo *directus* fue tomando probablemente en forma insensible el lugar, de *iustus* ("justo"), y ya en la Edad Media su forma sustantivizada *directum*, *-i* toma también el lugar de *ius*. *Vocabulario jurídico*, pp. 218-219.

Fundamento del derecho

Hemos dicho líneas arriba que el derecho es una necesidad que brota de la propia naturaleza del hombre: perfecta en el ser, mas no en el actuar y en el obrar. Del Vecchio, después de analizar con todo pormenor ciertos sistemas en torno al fundamento del derecho, señala que son insuficientes los intentos de negar este fundamento, como sostiene el escepticismo, o de fundar el derecho sobre hechos externos, como lo hacen el realismo empírico y el historicismo, o sobre el mandato de un ser trascendente, actitud propia del teologismo, o de reducir el derecho a la utilidad, rasgo peculiar del utilitarismo. Por lo tanto, sostiene —y estamos de acuerdo— que no queda más que recurrir a la naturaleza humana, es decir, buscar en la conciencia de nuestro ser el fundamento último del derecho.[65]

Lo anterior se refuerza si sostenemos que una nota esencial del ser humano es la sociabilidad, tal como lo indica Aristóteles en su *Política*: "el hombre es Ζωον πολιτικον, por naturaleza un animal social",[66] y no un dios ni una bestia. Esto es resultado de su racionalidad y no de su animalidad. Tendrá que convivir y coexistir con los otros hombres, pues solamente será hombre con sus semejantes. Al mismo tiempo establecerá relaciones con ellos y realizará algunas acciones que trascenderán en la vida social; como resultado de lo cual podremos hablar de cierta conducta social que va estructurando con su actuar. En este ámbito es donde encontramos al derecho, en el de la vida, realidad radical en la que se producen la acción y la conducta; por lo cual, López Calera dirá que el derecho trata de presentarse, siempre, como un instrumento humano[67] porque se ocupa de la vida humana social —señala Peces-Barba—, la organiza y establece pautas de comportamiento de esa vida humana.[68] El derecho no trata de hacer buenos a los hombres, sino que actúen justamente. Ni persigue tampoco —indica López Calera— una convivencia social basada en el amor o en la amistad, sino en la justicia.[69] Hemos nacido para la justicia —ya lo decía Cicerón— y la ley (derecho) no se funda en la opinión sino en la naturaleza misma del hombre.[70]

65. G. del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 483.
66. Aristóteles, *Política*, 1253ª.
67. López Calera, *op. cit*., p. 71.
68. G. Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 57.
69. *Ibid*., p. 67.
70. Cicerón, *De legibus,* I, 28, citado por C. J. Friedrich, *La filosofía del derecho*, p. 52.

Hemos ubicado al derecho en la vida humana social en la que se establecen relaciones sociales, y se realizan acciones trascendentes, dando como resultado un comportamiento o conducta social. Pero es conveniente matizar un poco el contenido de estos términos. Aristóteles dejó escrito, como ya lo citamos: cada quien actúa de acuerdo a lo que es; de lo que conoce, cada quien es buen juez.[71] Pues si bien, en la acción se manifiesta una conducta, ésta, a su vez tendrá que ser un conjunto coherente de acciones. La conducta es una, constituye un comportamiento habitual, mientras que las acciones son diversas, porque cada una de ellas irá acompañada de una decisión en libertad. De ahí que García Máynez entienda por conducta "el ejercicio que el hombre hace de su libertad".[72] Por lo tanto, si el hombre es libre para actuar será responsable por lo mismo de lo que realiza. De esta manera podemos decir que el derecho existe por y para la libertad, para hacer posible en su ejercicio la convivencia social. Esto nos permite sostener que el derecho es vida humana, que es vida de la persona, y así llegamos al dato fundamental que estamos buscando: a la realidad jurídica fundamental, que es la persona coexistente.

¿Por qué el dato fundamental? Porque todo lo que compone el Universo —sin ningún asomo de eufemismo— carecería de sentido si no existiera el hombre, la persona, poseedora de tal dignidad que le hace decir a Kant:

> el hombre, y en general todo ser racional, *existe* como *fin en sí mismo*, *no sólo como medio* para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*. [...] Si, pues, ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque *es fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por lo tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. [...] El imperativo práctico será, pues, como sigue: *obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*.[73]

71. *Cfr.* Aristóteles, *Obras,* L, I, c. 3, 1095ª.
72. García Máynez, *op. cit*., p. 43.
73. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 44.

Por otra parte, es del común saber que, aunque la filosofía griega, especialmente la de Platón y Aristóteles, había distinguido entre naturaleza, esencia e individualización de los seres, no así llegó a, ni pudo señalar distinción alguna entre naturaleza y persona. Fue necesaria en la historia del ser humano —y llegada la plenitud de los tiempos— la irrupción de la persona de Jesucristo para que, con fundamento en su mensaje de salvación, posteriormente la filosofía cristiana llevara a cabo esa distinción, consiguiente a la necesidad de explicar el misterio y dogma de la Santísima Trinidad. Por tanto, es necesario matizar que la noción de persona es patrimonio del cristianismo. Es cierto que ya habían existido términos o palabras tales como *prosopon*, del griego; *personare,* del latín, o *phersu*, del etrusco, pero no con la connotación y significado peculiar y profundo que alcanzó el concepto de *persona*, después de ese trascendente hecho histórico.

Ser persona es el verdadero ser del hombre. Esto nos lleva a sostener una metafísica personalista y no una mera fenomenología de la persona en la que se sustentan las doctrinas existencialistas. La concepción tradicional de este personalismo metafísico está expresada —apunta Legaz y Lacambra[74]— en la clásica definición de persona formulada por Boecio: *naturae ratinalis individua substantia*.[75] Esta definición de persona, no obstante que por términos es más abundante que la definición esencial de hombre, sigue siendo pobre como para enmarcar en ella todo lo que el hombre es.

Entre las muchas realidades que podemos percibir en la persona, una de ellas —como lo hemos escrito arriba— es su naturaleza constitutivamente social: su vivir y su existir es un vivir y coexistir con las cosas y con las demás personas; diremos también que su vivir no desde sí mismo, sino desde los otros y con los otros, de ahí que nos parezca una rareza ver a un hombre solo. Es por ello que la idea de persona conlleva en sí misma la idea de relación. De ahí la importancia del lenguaje. "La palabra —dice Aristóteles— es para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, y es exclusiva del hombre, frente a los demás animales, tener, él solo, el sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto".[76] Pero no es solamente que la persona se abra al otro, sino que la persona no puede existir más que siendo con los demás; un existir desde lo que los demás han hecho, desde lo que los otros han re-

74. Legaz y Lacambra, *op. cit*., p. 265.

75. "Sustancia individual de naturaleza racional". Boecio, *Liber de persona et duabus naturas*. c. 3, ML 64, p. 1343.

76. Aristóteles, *Política*. L. I., c. 2, 1253ª.

suelto que se debe hacer porque ineludiblemente se encuentra inserto en esa vida social. En razón de esto es que Legaz y Lacambra afirma que tiene un sentido fundamental decir que el derecho es forma de la vida social, porque se constituye por la referencia a la justicia.[77] Y no sólo eso, sino que aún podemos decir que así como la dimensión social es ineliminable de la existencia humana, de igual manera afirmamos que el derecho es una forma necesaria del vivir social, ya que sólo en la vida social tiene sentido hablar de derecho. Dirá Peces-Barba, la vida social del hombre se produce en sociedad y, por consiguiente, la sociedad será el ámbito del derecho, no hay vida social sin derecho.[78] Por exclusión diremos que el derecho no tiene cabida en la vida personal aunque algunas veces en su aplicación pueda resultar afectada.

En esa vida social, por su naturaleza habrá de darse todo tipo de relaciones entre los hombres, unas de ellas marcadas con el carácter jurídico, es decir, que se pueden catalogar algunas como justas y otras valoradas como injustas; el derecho pondrá orden y organizará la convivencia del hombre en ese ámbito de la vida social, que es "vida humana relacionada", como dice Peces-Barba;[79] de ahí el aforismo latino: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo ubi homo, ibi ius*. En este sentido, el Derecho tendrá que regular las relaciones humanas dentro de esa vida social, por lo cual estamos de acuerdo con Legaz y Lacambra al sostener que el derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es, a su vez, una de las formas de la vida humana; sin el derecho la vida social sería impensable como es impensable el derecho fuera de la vida social.[80] Por todo lo anterior, nos hemos acercado a una conclusión que me parece muy lógica, pero con contenido ontológico: el derecho no tiene otro fundamento que la naturaleza humana, el hombre.

Concepto o definición del derecho desde la analogía

Si bien hemos asentado la dificultad que existe para definir el derecho, los intentos por hacerlo no se han hecho esperar; pues como bien puntualizó Kant, que los juristas aún buscan la definición de derecho. En lo cual tuvo mucha razón, pues es verdad que todo jurista o iusfilósofo buscará dar un

77. Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 280.
78. Peces-Barba, *op. cit.*, p. 64.
79. *Ibid.*, p. 62.
80. Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 281.

concepto o definición de esta área del conocimiento que es el derecho, de lo que entiende por tal, dependiendo de la ideología que se tenga: racionalista, idealista, empirista, positivista, voluntarista, iusnaturalista, etc., y por qué no, también irá acompañada de cierto grado de emotividad personal.

En la lógica clásica o, más propiamente, en la lógica formal, encontramos que la inteligencia se relaciona con la realidad de diferentes maneras cuando predice o atribuye un predicado a lo que existe, a lo que es. Esto se lleva a cabo a través de la operación mental que llamamos juicio. Por lo tanto, al juzgar atribuimos o negamos determinado predicado al objeto o sujeto de que se trate.

Hay tres maneras de decir algo de los seres que queremos conocer —señala González Morfín—: univocidad, equivocidad y analogía. En la univocidad atribuimos un predicado a determinados sujetos en el mismo sentido y con idéntico significado. Así, por ejemplo, se puede afirmar de diversos individuos humanos que son animales racionales, y esta atribución del predicado es unívoca en relación con cada caso concreto: hombre, mujer, niño. En el extremo contrario a la univocidad se encuentra la equivocidad, por la cual, bajo la misma expresión verbal, se atribuyen predicados realmente distintos. Por ejemplo, el término banco: instrumento u objeto para sentarse, o una institución de crédito. Entre la univocidad y la equivocidad se encuentra la analogía, que tiene una función indispensable para conocer realidades en partes iguales y en muchas diferentes.[81] El punto de arranque de la analogía —observa Weissmahr— fue la observación de que en cada lengua hay expresiones y palabras que se emplean en un sentido transpuesto y figurado. Semejante empleo de una palabra supone ciertamente que la palabra en cuestión tiene un significado original, que es primario respecto de los otros significados. Así, por ejemplo, la palabra *sano* significa, originariamente, una propiedad del animal y afirma que sus funciones vitales se realizan como conviene a su ser. Cuando hablamos de un niño o de un potro sanos, estamos empleando también la palabra en su sentido original, pero la palabra aparece también en otros contextos: alimento sano, el clima sano o el ejercicio corporal. De todos ellos se predica que son *sanos*, aunque en realidad lo son de diferente manera.[82] Así, pues, la atribución del predicado *sano* se extiende

81. M. E. González, *Temas de filosofía del derecho*, p. 33.
82. B. Weissmahr, *Ontología*, pp. 108-109.

a un buen número de sujetos a los cuales —puntualiza Raeymaeker—, hablando exactamente, no les conviene. No hay, sin embargo, ningún equívoco, porque hay una razón evidente para extender así el campo de aplicación del predicado; esta razón es la relación que une a los nuevos sujetos con el sujeto que posee en realidad la cualidad enunciada por el predicado.[83] En sentido propio, sólo es sano el organismo viviente; del alimento, del clima y del ejercicio corporal se dice que son sanos por la relación que tienen con el correcto funcionamiento del organismo.

De acuerdo con lo anterior, el iusfilósofo González Morfín hace una muy atinada precisión al indicar "que en la pluralidad de seres reales el entendimiento humano conoce mediante formas de predicación en las que intervienen conceptos unívocos y análogos". La equivocidad queda fuera por lo siguiente:

> Con estas dos nociones no debe equipararse la equivocidad, que es primariamente un fenómeno verbal y de ningún modo intelectual. Si se habla con propiedad, no hay conceptos equívocos, es decir, nociones que al mismo tiempo consten de notas o contenidos radicalmente distintos en un solo acto conceptual. La palabra es la equívoca, no el concepto que se expresa en la palabra.[84]

Nos quedamos, pues, solamente con la univocidad y, sobre todo, con la analogía. En este sentido, hablar de la analogía no es fácil. Muchas veces escuchamos en ciertas pláticas o conversaciones que alguno de los participantes dice: "bueno, por analogía..." sin saber realmente lo que se quiere decir con ese término. Sin embargo, lo que la persona quiere expresar es que hay un parecido, una semejanza, de lo que se está hablando con otra realidad, quedándose, así, solamente con uno de los elementos que la integran: la semejanza; porque es evidente que cuesta más esfuerzo detenerse para ver las diferencias que son más que las semejanzas que se perciben. Por consiguiente, debido a las dificultades inherentes a la comprensión misma de la analogía, es conveniente que primero aclaremos en alguna medida lo que implica hablar de ella, para que después podamos ver si es posible o no aplicarla al concepto de derecho.

83. L. Raeymaeker, *Filosofía del ser*, p. 51.
84. González Morfín, *op. cit.*, p. 82.

Analogía

Desde la perspectiva histórica, Platón es el primero en aplicar el término analogía a ciertas realidades, con el propósito de establecer comparaciones, así lo dice Ferrater Mora.[85] Afirmación que se sostiene porque en el diálogo *La república* encontramos que Glaucón le dice a Platón: "Si no quieres referirte a otra cosa, explícanos al menos esa semejanza del bien con el sol". Al respecto, "piensa —indica Platón—, como decimos, que el bien y el sol son dos reyes, señor el uno del mundo inteligible y el otro del mundo visible".[86] Posteriormente, en el *Timeo*, Platón hace decir al mismo protagonista del diálogo: "el que ha formado el devenir y el Cosmos..., ajeno a toda envidia, ha querido que todas las cosas naciesen lo más semejantes a él posible".[87]

Años más tarde, su discípulo Aristóteles, al hablar del ser, objeto de estudio de la *Metafísica*, sostiene que: "el ser se entiende de muchas maneras",[88] aludiendo con ello a los diversos modos en que se realiza el ser, es decir, las categorías ontológicas: una sustancia y nueve accidentes[89] (géneros supremos de máxima extensión). Pero al admitir tan múltiples sentidos es evidente que hay entre ellos un sentido primigenio: el ser que es la forma distintiva de las cosas, la sustancia o esencia. Cuando queremos expresar la naturaleza de un ser no decimos que es blanco o caliente, sino que es hombre o que es dios. Y los demás seres sólo se llaman seres en cuanto son cualidades o cantidades, modificaciones o algo análogo de un ser propiamente dicho.[90] De esta manera afirmaba que el ser no es un género: "No es posible que la misma unidad y el mismo ser sean géneros de los seres".[91] Ni tampoco unívoco, sino análogo. Y también de ello se desprende que podamos hablar del *analogado principal*, que es el ser real en el que se da de manera propia y prioritaria la realidad expresada en el concepto análogo, y de *analogados secundarios*, que son los seres en los que el concepto análogo se da de manera secundaria o hasta impropia o metafórica. Sólo se da por la relación que une a los nuevos sujetos con el sujeto que posee en realidad la cualidad enunciada por el predicado, como lo

85. J. Ferrater M., *Diccionario de filosofía*, p. 147.
86. Platón, *La república o de la justicia*. 508c.
87. Platón, *Timeo o de la naturaleza*. 30c.
88. Aristóteles, *Metafísica*. L. IV, c. 2, 1003b; L. VII, c. 1, 1028b.
89. *Ibid.*, L. V, c. 7, 1017a.
90. *Ibid.*, L. VII, c. 1, 1028.
91. *Ibid.*, L. III, c. 3, 998a.

sostiene Raeymaeker, y como bien se puede observar en el ejemplo señalado: el organismo viviente sano será el analogado principal y el alimento, el clima y el ejercicio corporal serán los analogados secundarios.

Cabe puntualizar que la analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos. Esto es la nota propia de la analogía, su razón de ser, pues, como bien señala González Morfín, "si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento y sería formalmente tautológico".[92]

Aún nos resta aclarar si la analogía es una o admite diversidad de especies o formas. Para algunos pensadores, sin mayor complicación, como Steenberghen, la significación del concepto de ser no puede ser unívoca como la de los otros conceptos empíricos, debe ser analógica o proporcional.[93] Un poco más adelante, al contrastar la analogía con la univocidad, señala que ésta se expresa a manera de relaciones cuantitativas iguales: la corporeidad conviene a Pedro exactamente en la misma medida en que conviene al perro Milú. La analogía, por el contrario, se expresa en forma de relaciones proporcionales o de *proporcionalidades*.[94]

Raeymaeker, en cambio, con fundamento en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, establece que

> ya se llame *analogía de atribución*[95] o *analogía de proporción* o metafórica, los sujetos de atribución, al contrario de lo que sucede en la univocidad estricta, no se encuentran en una misma línea: hay uno solo, el analogado principal, que es el asiento de la razón analogada expresada por el atributo, y al cual corresponde este atributo en el orden principal; a los demás sujetos, los analogados secunda-

92. González Morfín, *op. cit.*, p. 83
93. Steenberghen, *op. cit.*, p. 49.
94. *Ibid.*, p. 51.
95. Se llama analogía de atribución porque los términos secundarios son referidos o atribuidos al término principal. La clasificación de estos términos secundarios puede hacerse según la naturaleza de las relaciones que los unen con el término principal. Es fácil ver que sería imposible comprender la atribución a los términos secundarios de la razón analogada expresada por el predicado, sin tener en cuenta la atribución principal. El analogado principal debe figurar en la definición del atributo desde el momento en que se quiere aplicar éste a los analogados secundarios, pues no es posible definir un relativo sin señalar los términos de la relación.

> rios, el atributo no puede aplicárseles más que en orden secundario, en razón de la proporción o relación que los vincula al término principal.[96]

Santo Tomás, por su parte, nos ha dejado las huellas de su búsqueda de la analogía a lo largo de su obra y las diversas perspectivas que ha abierto a la misma en la filosofía. Así, en su obra *De ente et essentia*, cuando habla de la especie y el individuo, aunque no la menciona de forma explícita, se percibe de inmediato:

> Y puesto que, la naturaleza de la especie es indeterminada respecto al individuo, como la naturaleza del género respecto a la especie, se sigue, que así como lo que es género en cuanto se predica de las especies, incluye en su significado, aunque sea indistintamente todo cuanto se encuentra determinadamente en la especie; así también, cuanto hay en la especie en cuanto se predica del individuo tiene que significar todo cuanto está esencialmente en el individuo, aunque indistintamente.[97]

En forma más clara lo expresa en la *Suma teológica*: "cuando algo se dice de muchos análogamente, aquello mismo se encuentra en uno solo de ellos propiamente, por el que son denominados todos los demás".[98] En la misma línea se pronuncia en el opúsculo *Los principios de la naturaleza*: "Se dice que se predica analógicamente lo que se predica de muchos cuyos sentidos son diversos, pero se atribuyen a uno que es único y el mismo; como se dice sano del cuerpo del animal, de la orina y de la bebida […] Pero todos estos sentidos se atribuyen a un único fin, a saber, la salud".[99] Esto lo reafirma en el opúsculo *De veritate* cuando escribe: "Ha de decirse que no es correcto que cuando algo se predica de muchas cosas en mayor o menor grado, la denominación primera se aplique a lo que es causa de las demás, sino más bien a aquello que cumple formalmente la realidad común completa".[100]

No obstante que, en este mismo opúsculo, al tratar de responder a la cuestión de si ¿hay una sola verdad por la que todo lo demás es verdadero?, Santo Tomás busca la solución al problema de la unidad y la pluralidad desde la analogía de atribución, en la cual hay un primero en orden al cual

96. Raeymaeker, *op. cit*., pp. 51-52.
97. Santo Tomás de Aquino, *De ente et essentia,* p. 52.
98. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I, q. 16, a. 6.
99. Santo Tomás de Aquino, *De principiis naturae,* p. 27.
100. Santo Tomás de Aquino, *De veritate*, a. 1, *ad solutionem*, p. 214.

y desde el cual se denominan los muchos, como sucede con la sanidad; en la verdad el primer analogado es el entendimiento divino. A partir de él, Tomás establece la escala de los analogados: la verdad se encuentra *primo et proprie* en el entendimiento divino, en el entendimiento humano *secundario et proprie*, en las cosas *secundario et improprie*. Por ello la verdad es una en Dios, múltiple en los entendimientos creados, y múltiple en las cosas creadas, cada una de las cuales tiene su entidad. Según esto, la verdad del entendimiento divino, por la cual se dicen las cosas verdaderas, no es forma inherente, como lo es la entidad de la cosa por la cual se dice también verdadera. La analogía de atribución es el medio para evitar el panteísmo y posibilita la solución al problema real de lo uno y los muchos.[101] En la *Suma teológica*, en cambio, al tratar sobre los nombres de Dios, opta por la analogía de proporcionalidad: "Así, pues, hay que decir que estos nombres son dados a Dios y a las criaturas por analogía, esto es, proporcionalmente".[102]

Suárez se opone a esta clase de analogía entre Dios y las criaturas, pues para la analogía de proporcionalidad —puntualiza— es menester que un miembro sea absolutamente tal por su forma, y que el otro no lo sea absolutamente sino sólo en cuanto guarda una proporción en relación semejante con un tercero. En nuestro caso —puntualiza— no sucede esto. Efectivamente, la criatura es ser en virtud de su ser absolutamente e independientemente de cualquier proporcionalidad, ya que su ser está fuera de la nada y tiene su propia actualidad. Tampoco el nombre de *ser* ha sido impuesto a la criatura por guardar una determinada proporción o proporcionalidad en relación con Dios, sino simplemente porque en sí es algo y no una nada absoluta.[103]

Por lo anterior, parece obvio que opta por la analogía de atribución, que posee doble modalidad: extrínseca e intrínseca. Es extrínseca la analogía

101. *Cfr*. *De veritate*, a. 4. pp, 222-229.

102. Santo Tomás de Aquino. *Suma teológica*. Ia. pars, q. 13, a. Según Sebastián Fuster Perelló (colaborador en este tomo de la *Suma teológica*) en el tema de la analogía Santo Tomás recibe una doble influencia: en lo que se refiere a la *participación*, está presente Platón; *la unidad de relación de semejanza o relación objetiva*, la toma de Aristóteles. Por lo demás, señala, puede apreciarse una evolución en el tema de la analogía: en *I* y *II Sent*., no habla nunca de analogía de proporcionalidad a no ser en sentido metafórico; en *III* y *IV Sent*., deja de hablar de proporción y habla sólo de proporcionalidad, y ello porque esta última le permite mejor subrayar la distancia infinita existente entre el mundo y Dios; en Santo Tomás de Aquino, *De veritate,* q. 2 a. 11, rechaza la analogía de atribución y acepta sólo la de proporcionalidad. *S. Th*, t. 1, p. 188. Idea, esta última que también comparte F. Suárez, *Investigaciones metafísicas* (*Disputationes metaphysicae*), p. 162.

103. F. S. J. Suárez, *Investigaciones metafísicas (disputationes metaphysicae),* pp. 162-163.

cuando la forma dominante está intrínsecamente en uno solo de los extremos y en los otros por mera relación extrínseca: de esta manera *sano* se atribuye absolutamente al animal, mientras a la medicina sólo por atribución al animal.[104] En palabras de González Morfín, en la analogía de atribución extrínseca la forma de perfección se da realmente sólo en el analogado principal, pero no en los analogados secundarios, que reciben la misma denominación verbal porque tienen que ver o se relacionan de alguna manera con el analogado principal. En el ejemplo citado, propiamente lo sano se da en el organismo, que es el analogado principal, pero no en el clima, en la medicina o en el alimento, pues sólo se predica de ellos en cuanto ayudan a la salud o la conservan o la restituyen.[105] En cambio, la analogía es intrínseca —señala Suárez— cuando la forma dominante está intrínsecamente en ambos miembros aunque en uno está absolutamente y en el otro sólo por relación con el primero: así se atribuye el ser a la sustancia y al accidente, pues el accidente no se denomina ser extrínsecamente por la entidad de la sustancia sino por su propia e intrínseca entidad, aunque esta entidad es tal que toda ella consiste a una relación a la sustancia.[106] Según González Morfín, esta analogía se da cuando tanto el analogado principal como los analogados secundarios tienen realmente la forma o perfección atribuida; como, por ejemplo, en el caso del ser atribuido a Dios y a la criatura, a la sustancia y al accidente. Todos los analogados son, en este caso, de atribución intrínseca, realmente ser, y a todos se atribuye esta perfección como propia e intrínsecamente constitutiva de su ser.[107]

Para Weissmahr, nunca se puede demostrar lo que es la analogía. Por ello no carecen de cierto peligro las explicaciones habituales que pretenden proporcionar una inteligencia de la analogía desde la proporcionalidad o atribución: siempre pueden malinterpretarse en el sentido de una univocidad. Pero aun cuando no pueda demostrarse la analogía, sí se puede entender lo que con ella significa. Para entender la analogía es necesario reunir simplemente los aspectos que en el pensamiento conceptual siempre están separados —y que en la realidad se interpenetran—. Es siempre el mismo ser que todo lo penetra el que siempre se realiza de modo analógico en los dis-

104. *Ibid*, p. 163.
105. González Morfín, *op. cit*., p. 84.
106. Suárez, *op. cit*., p. 164.
107. González Morfín, *op. cit*., p. 84.

tintos entes, es decir, en cada ente de la manera que le es propia y distinta de la de otros, porque el ser lo domina todo.[108] Más adelante resalta la importancia y la razón de ser de la analogía al escribir: "es a la analogía a la que hay que agradecer —más aún consiste exactamente en eso— que el ente coincide en definitiva en aquello que difiere, y es también el verdadero fundamento de que el pensamiento conceptual, orientado hacia la inequivocidad (hacia unas diferencias claras), quede irremediablemente distanciado de la realidad siempre analógica, y que por lo mismo nunca pueda coincidir por completo con esa realidad".[109]

La analogía y el derecho

Estamos de acuerdo con Aristóteles cuando afirma que "el ser se dice de muchas maneras", y como el ser lo envuelve todo, de tal manera que fuera de él no hay nada, sólo el no-ser, podemos subrayar que también el derecho se dice de muchas maneras. Por lo que en relación con la analogía, debemos tener presente que el término derecho —siguiendo a Santo Tomás— significa por lo menos tres realidades diferentes y vinculadas entre sí:

Derecho objetivo o lo justo objetivo, es decir, la cosa o conducta que se debe a otro.[110] Afirma del mismo que es la acepción primaria del derecho, lo que más directamente va significado en el *ius*: "*Hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam*".[111] Un pasaje de la *Suma contra los gentiles* muestra con claridad que la cosa justa es el fundamento del reino de la justicia y, por lo tanto, del orden jurídico: "El acto de justicia consiste en dar a cada quien lo suyo. Luego anterior al acto de justicia ha de ser aquél por el cual un ser hace suya alguna cosa, como consta por lo que suele acontecer entre los hombres. Y ese primer acto por el cual un ser hace suya alguna cosa, no puede llamarse justicia".[112] Es decir, no se puede hablar de justicia —indica Graneris— hasta que no exista su objeto, la *res debita*, que es su presupuesto necesario, el primer elemento de base.[113]

108. Weissmahr, *op. cit*., pp. 113-114.
109. *Ibid.*, p. 123.
110. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 58, a. 8.
111. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1.
112. Santo Tomás, *SG*, L. II, c. 28, 2.
113. G. Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 4.

Derecho subjetivo[114] o facultad del titular del derecho respecto de lo justo objetivo que se le debe. Se funda en lo debido a otro; en razón de esto, ese otro tendrá el derecho de exigirlo, puesto que es suyo. Es decir, la facultad jurídica, que es el derecho, significa la licitud moral en materia de justicia, sobre algo que es de algún modo debido a quien tiene derecho. De esta manera, lo que es debido a una persona habrá de ser de algún modo lo suyo, lo que a él le corresponde y sobre lo que tiene algún poder. Este derecho equivale, por lo tanto, a la potestad de dominio que se tiene sobre algún objeto, acción u omisión, convertidos de esta manera en algo suyo, por lo que tiene toda la facultad para exigirlos. Así, al hablar de la restitución el Aquinate escribe: "restituir no parece ser otra cosa que poner de nuevo a uno en posesión o dominio de lo suyo".[115]

Derecho normativo o norma que establece tanto lo justo objetivo como la facultad y la obligación en relación con lo mismo. Ésta es la acepción de derecho objetivo de los autores modernos. Y tal era también el uso más común y corriente del término *ius* en toda la tradición, a partir de Justiniano como lo señalamos arriba, para expresar las leyes, el código de leyes, etcétera.

Da la impresión que el Aquinate ateniéndose a este uso tradicional de la palabra, pronto se olvidara del primordial sentido objetivo del derecho para acomodarse a esta nueva acepción del término *ius* y entenderlo así, como ley en general o sistema de leyes. Esto lo deja entrever cuando escribe *Lex statuit ius*.[116] No obstante que han tratado de hacer del aquinatense un normativista o dígase un legalista, en el parecer de Graneris, él se resiste a permanecer en esa categoría[117] al negar con firmeza: *lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*.[118]

De estas tres realidades, como hemos visto, se predica el término derecho. Ahora bien, habrá que considerar cuál de ellos es el analogado principal

114. Algunos comentaristas del aquinate, entre ellos O. Lottin, L. Lehu, O. P. L. Lachance y otros más, consideran esta noción totalmente extraña en él y sostienen que es una invención tardía de Suárez. Sin embargo, el P. Urdanoz sostiene que lejos de ser invención de Suárez, la idea del derecho subjetivo, como la acepción propia y estricta del derecho, se encuentra de mil diversos modos en Santo Tomás, en todas las fuentes de la ciencia jurídica y en el uso común de los pueblos. *Introducción a la cuestión 57 de* la *Suma* teológica, p. 188.

115. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*. II-II, q. 62 a.1.

116. Santo Tomás de Aquino, Ia-IIae, q. 105 a. 2, ad 3.

117. Graneris, *op. cit*., p. 23.

118. "La ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho". Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*. IIa-IIae, q. 57 a. 1, ad 2.

y qué tipo de analogía se da entre los mismos. En este caso, el analogado principal hará referencia a la realidad que es derecho en sentido propio y prioritario. En las palabras —claras y precisas— del iusfilósofo González Morfín tenemos la conclusión de este apartado:

> Si se analiza esta cuestión con objetividad, debe reconocerse que la facultad y la norma existen para que las personas individuales o asociadas, puedan lograr, conservar y promover lo justo objetivo que se les debe en los distintos ámbitos de la existencia humana. La afirmación contraria resulta absurda: no se puede afirmar que lo justo objetivo existe para que haya normas y la gente tenga derechos subjetivos.[119]

A modo de conclusión, de lo anterior podemos decir que al derecho objetivo o a lo justo objetivo le corresponde ser el analogado principal y, por consiguiente, norma y facultad son analogados secundarios, es decir, son derecho por referencia a lo justo objetivo. Esta afirmación la podemos sustentar en la magistral observación de don Efraín González: "Imagínese una sociedad saturada de normas jurídicas y de derechos subjetivos, pero con el inconveniente de que las normas no se cumplen y los derechos subjetivos no pueden ejercerse con eficacia. Falta la realidad concreta y existencial de lo justo objetivo en esas diversas relaciones jurídicas".[120]

Para terminar la reflexión sobre la analogía en el derecho, nos queda por dilucidar el tipo de analogía que se da entre los analogados jurídicos. Como hemos asentado, en sentido propio y prioritario, el derecho y lo derecho se dan en la realidad de la cosa o conducta que se debe a otro; esto es, en el derecho objetivo. Por lo tanto, entre ellos no podrá darse la analogía intrínseca, pues recordando lo escrito arriba, tal analogía es aquélla en la que la noción análoga se da propia y realmente tanto en el analogado principal como en los secundarios. Por lo que no queda más que decir que la analogía que les corresponde es la extrínseca. En ésta, la noción análoga se da propia y prioritariamente, solamente en el analogado principal, en este caso, en lo justo objetivo. La norma y la facultad se llaman derecho porque guardan una relación con lo justo objetivo, y se predica de ellos de manera impropia, a la manera como el alimento y el clima se dicen sanos porque se relacionan con el organismo sano.

119. González Morfín, *op. cit.*, p. 34.
120. *Idem*.

Definición de derecho

Cuando se intenta definir algo es porque se quiere saber lo que ese algo es, no si es o no es, es decir, conocer su esencia, sin cuestionarnos su existencia. Una vez realizado el excurso anterior, podemos decir que sería inocuo pretender escribir la definición de derecho, pues es evidente que ésta no existe, sino tantas definiciones como autores han existido a través de la historia del pensamiento jurídico. Esto nos lleva a exponer algunas de entre todas las que existen, con el fin de que el estudiante de derecho elija la que más le convenza de acuerdo con su formación intelectual, con sus principios morales y con el fin que pretenda alcanzar en el ejercicio de su profesión.

Si nos remontamos a los grandes pensadores antiguos —como es natural hacerlo— Platón (427-347), después de afirmar que los que viven según las leyes son justos y los que las quebrantan injustos, concluye: "luego es cosa nobilísima la justicia y la ley";[121] tal pareciera que con esto insinúa la identidad justicia-ley. En otro lugar escribe "el arte judicial, el juez, son los que deciden para nosotros sobre lo justo y lo injusto".[122] Por estos textos parece que el derecho es considerado como sinónimo de ley. En cambio, su discípulo, Aristóteles (384-322), usa siempre el término concreto δικαιον, y no δικη, para designar el derecho, es decir, siempre se refiere a él bajo esta apelación objetiva de lo justo. Por ejemplo, cuando se refiere a la ley del talión, puntualiza que "a menudo una actitud semejante está desacorde con el derecho y lo justo".[123] Relacionado con esto, un poco más adelante dice: "es necesario no perder de vista que lo que buscamos es diferenciar lo que es justo en sí y lo que es justo en la sociedad".[124] San Agustín (354-430), uno de los más grandes neoplatónicos, en este punto se separa de su maestro, pues citando con aprobación a Cicerón por boca de Escipión define la sociedad civil o la república como "una asociación basada en el consentimiento del derecho y en la comunidad de intereses".[125] Explica el derecho por *justicia* y no por *ley*, e insiste en que no es posible administrar ninguna república sin justicia, pues donde no hay justicia no hay derecho, y viceversa. "Desterrada la justicia,

121. Platón, *Minos o de la ley,* 315c.
122. Platón, *De lo justo,* 373e.
123. Aristóteles, *Ética nicomaquea,* L. V, c. 5, 1132b.
124. *Idem*, c. 6, 1133b.
125. San Agustín, *La ciudad de Dios,* L. II, 21, 2.

¿qué son los reinos sino grandes piraterías? Y las mismas piraterías, ¿qué son sino pequeños reinos de ladrones?", dirá más adelante.[126]

Al filo de la Edad Media encontramos al gran comentarista de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino (1225-1274), para quien —como ya lo vimos en el apartado anterior— el derecho, en cuanto obra justa o acción justa, consiste en una acción adecuada a otro mediante algún modo de igualdad. Si esa adecuación o igualación, proviene del consentimiento del pueblo a que algo se tenga como adecuado o conmensurado a otro, o de la ordenación del que gobierna y tiene a su cargo conducir al pueblo, estaremos hablando de derecho positivo.[127] Al derecho positivo pertenece —comenta Benito R. Raffo M.— lo que la ley establece sacándolo de aquellas cosas indiferentes antes de su propia disposición, en virtud de que en sí mismas no contienen repugnancia alguna con la justicia natural.[128] En palabras del propio Aquinate tenemos que "la voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo."[129] En otras palabras, las leyes establecidas por los hombres, o derecho positivo, para que puedan ser consideradas como tales, tienen que ser justas. Y el criterio para saberlo es la ley natural o de la naturaleza.

Por otra parte, sabemos que pensar es una de las actividades inmanentes del hombre, y al mismo tiempo dinámica; de ahí que el tomismo, como doctrina equilibrada, no pudo detener la violenta reacción secularista de los siglos XIV y XV, de la cual uno de sus frutos fue la moderna ciencia natural con su método exacto. Este cambio se enmarca dentro del periodo del pensamiento conocido como el Renacimiento: se suprime la visión teocéntrica del mundo y de la vida y se crea un orden nuevo de integración antropocéntrica. Del humanismo cristiano de la Edad Media (periodo anterior), se pasa al humanismo secularizado de la Edad Moderna, en el que la razón y la voluntad del hombre sustituyeron a la razón y voluntad de Dios en la ordenación del universo. Aparece así el espíritu crítico de la ciencia moderna con R. Descartes a la cabeza (1596-1650). Junto a esto se da, además, una nueva concepción de la naturaleza: la concepción matemático-mecánica, que habría de tener una influencia preponderante en las teorías raciona-

126. *Ibid.*, L. IV, 5.

127. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, IIa-IIae, q. 57 a. 2.

128. Santo Tomás de Aquino, *La justicia / Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicomaco*, p. 183.

129. Santo Tomás de Aquino, *op. cit.*, ad 2.

listas e individualistas del derecho natural y de gente. Leonardo da Vinci (1452-1519), Copérnico (1473-1543), Galileo Galilei (1564-1642), Kepler (1571-1630) y Newton (1643-1723).

El espíritu crítico moderno acucia —en palabras de Miguel Villoro— a los juristas a buscar un método para la ciencia del derecho que le permita distinguirse de otras ciencias y, en particular, de la moral. Dicho método consistirá en el empleo racionalista de la deducción.[130] El papel de la razón se exageró, como es evidente, lo cual se tradujo en la corriente del pensamiento conocida como racionalismo. En *lato sensu* se entiende por tal toda doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón con detrimento del de la experiencia; en un sentido más preciso, in *stricto sensu*, es el método de investigación científica cuyo criterio de verdad son los datos obtenidos por deducción, con exclusión de los datos empíricos obtenidos por inducción.[131] Esta corriente recibe de Descartes su base filosófica: el criterio de verdad no será ya la evidencia objetiva, sino las ideas claras y distintas. La conciencia racional será, así, la instancia reguladora de toda teoría y de toda norma para la conducta práctica, sin atender a la naturaleza, los sentidos engañan.

El racionalismo jurídico no hará más que aplicar al derecho el método matemático que propone Descartes: en las progresiones matemáticas, cuando se conocen los dos o tres primeros términos, es fácil determinar los restantes. De esta forma se llegará a una ciencia debida exclusivamente al conocimiento que la inteligencia tiene de sí misma sin atender a las exigencias de la parte material o corporal. Éste será el método que empleará la escuela racionalista del derecho natural, que partiendo de principios inmutables del orden natural construirá racionalmente un orden de derecho, como si la ciencia jurídica pudiera prescindir de la realidad histórica y social. De esta escuela forma parte toda una pléyade de pensadores, entre ellos el holandés Hugo Grocio (1583-1645), contemporáneo de Descartes; los alemanes Samuel Pufendorf (1632-1694), C. Thomasius (1655-1728) y C. Wolf (1679-1754).

Dentro del racionalismo también podemos considerar a E. Kant (1724-1804), llevado por él al Idealismo. De su pensamiento podemos deducir que toda ciencia es producto de nuestra razón y no responde a las relaciones ob-

130. T. M. Villoro, *Introducción al estudio del derecho*, p. 48. Deducción: razonamiento que pasa de lo universal a lo particular.

131. Inducción: procede en forma inversa a la anterior, intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados.

jetivas de las cosas. Por otra parte se puede colegir que la filosofía kantiana desemboca en un subjetivismo radical y en un marcado individualismo. El hombre no conoce otro legislador de sus normas de conducta que a sí mismo: "la autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley".[132] "La voluntad no está exclusivamente sometida a la ley, sino que lo está de manera que pueda ser considerada como legislándose a sí propia, y por eso mismo, y sólo por eso, sometida a la ley de la que ella misma puede considerarse como autora".[133] "La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional."[134] Por eso propone el siguiente imperativo (citado líneas arriba) de conducta razonable: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio".[135] La sociedad humana está formada así por muchas autonomías individuales, y si entran en conflicto serán necesarias medidas externas. Por todo esto es entendible que el orden jurídico tome su fuerza de la ley humana; ésta, no obligará en conciencia, sino sólo jurídicamente. De aquí la definición de derecho que formula Kant: "Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad".[136] Así, aunque la posición de Kant en relación con el derecho es racionalista, sus conclusiones desembocan en el positivismo.

Entre los autores notables de esta época haremos referencia a K. Ch. F. Krause (1781-1832), aunque surgido dentro de los grandes esquemas del idealismo alemán y tributario indudable de sus construcciones (Kant, Fichte, Schelling y Hegel), autodefine su sistema constantemente —escribe Elías Díaz— desde una perspectiva filosófica, como *racionalismo armónico,* y también rechazará expresamente las soluciones de carácter idealista, calificando a su filosofía como *realismo unitario superior*.[137]

El racionalismo armónico no lleva al sensualismo, esto es, a la negación de todo lo que excede o supera el sentido, ni al materialismo, como la negación del espíritu, ni al idealismo, como negación del mundo exterior, ni

132. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 52.
133. *Ibid.*, p. 47.
134. *Ibid.*, p. 49.
135. *Ibid.*, pp. 44-45.
136. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 39.
137. Elías Díaz, *La filosofía social del krausismo español*, p. 49.

al fatalismo, como negación de la libertad, ni al ateísmo, como negación de Dios. Tampoco es exclusivo, ni negativo ni positivo; primariamente es uno, y en esa unidad es interiormente relativo. Reconoce —por lo armónico que es— todos los principales constitutivos del hombre y del mundo; la razón y los sentidos; las leyes y los hechos; el espíritu y la materia; el mundo espiritual y el mundo natural; lo finito y lo infinito. En Krause se evidencia una gran preocupación por la humanidad y en ella por el hombre individual y personal, no por el hombre abstracto.

Este rasgo general del pensamiento krausiano[138] se manifiesta con precisión en su *Filosofía del derecho*, en la cual Francisco Querol Fernández destaca una característica peculiar de este autor frente a las tesis de los formalistas, la cual será fundamental para entender el porqué de su definición de derecho: mientras autores como Fichte —observa— tan sólo reconocen una esfera externa de la obligación jurídica que se cifra en el respeto formal a la esfera de las libertades de los otros, Krause reivindicará también una esfera interna. La obligación jurídica no es una consecuencia de la relación contractual, sino de la necesidad que se deduce de la misma materia del derecho. Esta tesis permite hablar de delitos contra sí mismo o delitos contra la dignidad humana. El fundamento del derecho se desplaza, pues, del voluntarismo de los formalistas al carácter material defendido por nuestro autor, quien rechaza de modo radical la tesis tradicional de *volenti non fiat iniuria*.[139]

La incorporación de la esfera interna a la definición del derecho se fue dando en forma progresiva a lo largo de la reflexión personal de este autor. Desde muy temprano manifiesta su interés por la cuestión del derecho. En Jena (1802) escribe uno de sus primeros trabajos, un cuaderno de comentarios acerca del *Fundamento del derecho natural* de Fichte. La definición de derecho que se encuentra aquí —señala Querol— dista mucho de ser la que ofrece en sus obras de madurez: "El derecho habla de las condiciones externas para la consecución del fin racional, mientras que la moral se refiere a las condiciones internas de cada ser racional".[140] El joven filósofo manifiesta aquí la influencia del pensamiento kantiano sobre la separación y distinción entre derecho y moral. Es consciente de este error que él mismo manifiesta

138. Krause, siendo un autor tan prolífico, me parece que es poco conocido; por lo que sugiero para el caso, consultar la obra *Filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause*, de Francisco Querol Fernández, Comillas, Madrid, 2000.

139. Francisco Querol Fernández, *op. cit.*, p. 159.

140. *Ibid.*, p. 163.

en sus primeras obras: considerar tan sólo la esfera externa del derecho; al que califica como una limitación. Error de sí mismo y de los formalistas que supera en su estancia en Gotinga (1823-1831), donde escribe la mayor parte de sus obras. En su *System der rechtsphilosophie* —Sistema de filosofía del derecho—, publicado por Röder en 1874, dirá:

> De todo lo anterior (se refiere a páginas anteriores, en las que ya ha dado la definición de derecho) se puede fundamentar una exigencia jurídica doble: por una parte, la exigencia de que a cada individuo racional se le confieran todas las condiciones externas que son necesarias para la realización de su derecho interno; por otra parte, que se lleven a cabo todas las condiciones de la vida interna de los seres racionales de modo que el derecho externo pueda llegar a realizarse.[141]

Así, pues, concibe el derecho como "el conjunto de condiciones de posibilidad de la vida racional o de la realización de la condición humana".[142] En la misma obra puede leerse otra definición similar: "el derecho es el conjunto de las condiciones de posibilidad dependientes de la libertad para la realización de nuestra condición humana".[143] Finalmente, en su *Abriss der philosophie der geschichte* ("bosquejo de filosofía de la historia", 1824-1831),[144] encontramos una más, que a mi parecer es la definición más completa y clara: "El derecho de la Humanidad y de los hombres en particular, es el conjunto orgánico de las condiciones temporales dependientes de la libertad para que la Humanidad, según todas sus personas, y en ella cada hombre particular, llegue a realizar su condición humana en la vida".[145]

Rudol F. Stammler (1856-1938), seguidor de Kant —aunque lo critica por no haber logrado distinguir entre el concepto y la idea del derecho—, cuando llega el momento de determinar conceptualmente qué es el derecho, rechaza algunos caminos que otros pensadores han seguido para definirlo:

141. Querol, *op. cit*., pp. 157-158.
142. *Idem*.
143. *Ibid.*, p. 161.
144. La edición se realizó a título póstumo en 1889.
145. Querol, *op. cit*., pp. 157-158. Me he permitido citar a este autor con la amplitud manifiesta, porque no estoy de acuerdo con la separación tajante que hace Kant (y otros autores) entre el derecho y la moral, y sobre todo con las notas peculiares que asigna a cada ordenamiento, indicando con ello que nada tiene que ver el uno con el otro. Y este autor, Krause, pienso que los une al señalar en forma reiterada que el derecho debe tomar en cuenta tanto la esfera externa como la interna del hombre, pero sin confundirlo con la moral o ética.

no basta intentar describir mediante rasgos externos aquellas reglas que de un modo vago se califican de jurídicas, tampoco se puede llegar a ello por el camino de una descripción aproximativa.[146] Dado que la noción del derecho no es un fenómeno que se pueda conocer por la percepción inmediata,[147] es inútil querer inducir el concepto del derecho de una serie de manifestaciones jurídicas.[148] Lo que hay que hacer, en lugar de esto —indica—, es investigar toda la trama de la vida social —social, y no jurídica— en la que aparecen las nociones de derecho.[149] Esto le lleva a explicitar lo que entiende por esencia de un objeto, que es la unidad de las condiciones que le determinan. Por lo que para encontrar la esencia del derecho —indica— habrá que ver, qué es lo que caracteriza a esa unidad de nuestras nociones que llamamos derecho. Y sostendrá que el derecho es un modo especial de ordenar la convivencia humana,[150] por lo que afirma que el concepto de derecho no es más que un procedimiento de ordenación, que se encuentra entre las formas puras.[151] De ahí que lo defina como "la modalidad formal de la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable".[152] Según esto, la obligatoriedad jurídica será distinta de otros tipos de obligatoriedad propios de otros sistemas de normas no jurídicas. Es —según la terminología kantiana empleada por Stammler— una especial categoría *a priori* de la voluntad.

Otro de los grandes autores que no podemos ignorar es el bologñez G. del Vecchio (1878-1970). Igual que Stammler, heredero del pensamiento kantiano, pero como admite influencias de la *philosophia perennis* es menos formalista que él y es abiertamente iusnaturalista, aun cuando sostiene que el concepto lógico universal del derecho debe englobar tanto el derecho positivo como el derecho natural. Este último no sólo en el sentido del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, sino también de acuerdo con los postulados del derecho natural cristiano, a los que el gran filósofo jurista prestó final asentimiento al ingresar en el seno de la Iglesia Católica.

Como buen kantiano dirá que el contenido de la realidad jurídica no puede servir como base para la definición del derecho.[153] Kant demostró que

146. R. Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 63.
147. *Ibid.*, p. 65.
148. *Ibid.*, p. 66.
149. *Ibid.*, p. 67.
150. *Ibid.*, pp. 68-69.
151. *Ibid.*, p. 71.
152. *Ibid.*, p. 117.
153. Del Vecchio, *Filosofía del derecho*, p. 280.

algunos elementos del conocimiento son necesarios y *a priori*, esto es, que no derivan de la experiencia, porque son las condiciones que hacen posible la experiencia misma. Esos elementos no son aquéllos que aparecen psicológicamente antes que los demás —tesis contraria al innatismo, que sostenía que las ideas innatas debían estar siempre presentes en nuestra mente—, sino aquéllos que en el orden lógico tienen un valor universal y constituyen la condición y el límite de la experiencia posible. Aplicando estos principios al campo del derecho, nuestro autor afirma que la noción universal de éste es anterior (lógicamente) a la experiencia jurídica, esto es, a los fenómenos jurídicos singulares. La forma lógica del derecho es un dato *a priori* (esto es, no empírico), y constituye precisamente la condición límite de la experiencia jurídica en general.[154]

Establecido lo anterior, considera que esa forma lógica, o concepto del derecho se refiere sólo al obrar, a las acciones, constituyéndose en criterio de valoración de las mismas, en cuya estructura se encuentran dos elementos: uno extrínseco, que es una manifestación objetiva; el otro intrínseco, que es una intención, una afirmación de la voluntad; de esto se desprende que se pueda hablar de actos internos y externos. Y se pronuncia en contra de los que afirman que el derecho se desinteresa de las acciones internas; es decir, que los elementos psíquicos son indiferentes para el derecho. Lo que equivaldría, en su parecer, a afirmar que el derecho no considera los actos en su integridad. Si así fueran las cosas —observa—, serían inexplicables las luchas habidas durante varios siglos en pro de la reivindicación de la libertad de pensamiento. De este planteamiento se desprende su rechazo a la tesis de que el derecho tenga una esfera de aplicación más restringida que la moral, y limitada a una sola parte del obrar: tanto el primero como la segunda consideran todas las acciones, aunque desde un punto diverso.[155]

En una última consideración previa a la definición de derecho, indica que las valoraciones jurídicas implican una referencia intersubjetiva o transubjetiva. Lo que un sujeto puede jurídicamente, lo puede frente a los demás. Por eso, mientras que las valoraciones morales son subjetivas y unilaterales, las jurídicas son objetivas, bilaterales y están concatenadas; la posibilidad o licitud subsiste por una parte, en cuanto subsiste la obligación correspondiente por la otra; cada uno de los términos extrae del otro su sentido y eficacia. Ya

154. *Ibid.*, p. 285.
155. *Cfr. Ibid.*, pp. 286-291.

expuestos los elementos esenciales del concepto del derecho, lo define como "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento".[156]

Gustav Radbruch (1878-1950) parece que no se libra de la influencia kantiana, y sostiene que el *concepto* del derecho es a la *idea* del derecho, lo que el *ser* al *deber ser*. Es decir, la idea del derecho precede al concepto del derecho. El derecho es un hecho que pertenece al mundo del ser; sin embargo, no es posible derivar el concepto del término inductivamente (a partir de la experiencia). Por tanto, el concepto del derecho es un concepto *a priori* que sólo puede ser obtenido deductivamente.[157] Así pues, del concepto de derecho se desprende:

a) Que el derecho debe tener una realidad, presentar la forma empírica de una ley o una costumbre, es decir, debe ser *positiv*o.
b) Como materialización de la idea del derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad; debe ser *normativo.*
c) Por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener carácter *social.*
d) Por virtud de la justicia a que aspira, debe establecer la igualdad para todos a cuantos afecte; debe tener carácter *general*.

Por lo tanto, el derecho puede definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social.[158]

El austriaco Hans Kelsen (1881-1973) lleva el kantismo a sus últimas consecuencias. Su objetivo fue, por lo demás, muy claro: elaborar una teoría pura del derecho, es decir, investigar las formas puras *a priori* de la ciencia jurídica, alejándose de cualquier contaminación psicológica, biológica, moral, teológica, histórica o sociológica. Su pureza metodológica le lleva a eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños, y a tratar de constituir, por tanto, una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda en estricto sentido a su definición.[159] Así,

156. *Ibid.*, pp. 301-302.
157. Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 46.
158. *Ibid.*, p. 47.
159. H. Kelsen, *La teoría pura del derecho*, p. 25.

en Kelsen el Racionalismo Jurídico alcanzará su formulación más perfecta y sistemática. Como seguidor y discípulo de Kant sostendrá que no hay más derecho que el derecho positivo:

> El conocimiento sólo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia; y sólo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica.[160]

Por esto, con toda razón sostendrá que "Una definición del derecho debe especificar en qué respectos difiere el derecho de otros ordenamientos de la conducta humana, como la moral y la religión".[161] Un primer acercamiento a tal definición lo expresa así: "cuando se dice que solamente las normas jurídicas pueden constituir el objeto del conocimiento jurídico, afírmase sólo una tautología. Pues el derecho, único objeto del conocimiento jurídico, es norma".[162] Un segundo acercamiento, un poco más específico, lo encontramos cuando reconoce al derecho "como la técnica social específica de un orden coactivo".[163] Finalmente, de manera clara y precisa señala:

> "El derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo, una sanción dirigida contra el individuo que no cumple su deber". Si ignoramos este elemento no podemos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.[164]

Eduardo G. Máynez (1908-1993), uno de los grandes representantes del positivismo jurídico en México, para el tema que nos ocupa toma como punto de referencia la definición de orden que ha establecido en el primer capítulo de su *Filosofía del derecho*, así como las relaciones y diferencias entre la moral y el derecho, que tienen raigambre en la tradición positivista a partir de Kant hasta Kelsen. Frente a algunos autores para quienes el orden jurídico es un simple conjunto de normas, afirma que el derecho es un orden concreto

160. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 15.
161. *Ibid.*, p. 4.
162. H. Kelsen, *La teoría pura del derecho,* p. 32.
163. H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado,* p. 23.
164. *Ibid.*, p. 33; H. Kelsen, *La teoría pura del derecho,* p. 52.

que deriva del sometimiento normal de la conducta a ese conjunto de normas.[165] Basado en esto, sostiene que

> Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas —integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible— son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.[166]

No podemos dejar fuera de este tema a quien es uno de los grandes exponentes del iusnaturalismo en México, el doctor Miguel Villoro Toranzo (1920-1990) —de feliz memoria—, quien siendo consciente también de la dificultad que implica el querer definir el derecho, para tal fin, en su *Introducción al estudio del derecho*, estudia en primer lugar los elementos esenciales del derecho:

1. El derecho es "un fenómeno exclusivamente humano".
2. El derecho es "un ordenamiento de la razón".
3. El derecho "presupone la libertad humana".
4. El derecho es "una forma de vida social".
5. El derecho "tiene como fin la justicia".
6. El derecho es "diferente de la moral".
7. El derecho "debe ser promulgado por un legislador autorizado".
8. El derecho "está condicionado por la realidad".
9. El derecho "debe realizarse en la historia".

Observa al respecto que el único elemento que presenta verdaderas dificultades es el que se refiere a la justicia como fin del derecho; ya que el problema recurrente es si el derecho debe estar regulado por una justicia fundada en valores morales, o si la justicia a que hacen referencia todos los sistemas jurídicos, es un mero recurso legal que no afecta a la esencia del derecho. Después, analiza la teoría de los tres círculos de García Máynez: estatal (vigencia o validez en sentido formal), filosófico (validez objetiva o intrínseca) y sociológico (o positividad). Discrepa del propio autor, pues no

165. M. E. García, *Filosofía del derecho*, p. 133.
166. *Ibid.*, p. 135.

los considera irreductibles, sino que se trata más bien, de tres diferentes puntos de vista sobre un mismo objeto de estudio: el derecho.

Antes de exponer su definición me permito hacer una observación referente a la analogía en el derecho. Si bien considera como primer analogado, al derecho objetivo, entendido como la norma formalmente válida, señala que la noción del derecho no quedará completa si no se le añade una nota esencial —aquélla que presenta dificultad—: el contenido de justicia. Lo define así: "Derecho es un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica".[167]

La lista de grandes pensadores en el ámbito jurídico sería interminable; por lo que, para concluir este tema, cito finalmente a unos de los grandes filósofos juristas del momento, al español Gregorio Peces-Barba, quien para estructurar su definición del derecho analiza el carácter normativo del mismo, característica muy peculiar que señala Elías Díaz: "El derecho se muestra hoy de manera fundamental, pero a la vez de manera inmediata y directa como sistema normativo, como conjunto de normas válidas dotadas de una coacción organizada e institucionalizada".[168] Y se sitúa en la aceptación del positivismo, pero en sentido amplio, como teoría del derecho, y también en su aceptación como método de estudio de la realidad jurídica, aunque al estudiar la teoría de la justicia, se aparta de la consideración del positivismo como ideología. Esta separación le permite evitar el conceptualismo, como también no caer en el error del formalismo: en una sublimación conceptual calculada del derecho natural.

Las diversas vías que la cultura jurídica moderna, casi exclusivamente positivista a partir del siglo XIX ha ensayado para indagar el concepto de derecho: en función de la coacción o coercibilidad, en función de las fuentes de producción, destacando a la ley como fuente preponderante, en función del contenido de las normas, de la forma o estructura de las normas, del sujeto que pone la norma, de los destinatarios de las normas, le parecen a G. Peces-Barba, todas ellas como insuficientes, aunque no irrelevantes. Frente a esto propondrá que la consideración del ordenamiento (como institución) será la que proporcionará una explicación más plausible, vinculándola con la relación entre derecho y poder y con la vida social humana como conteni-

167. *Cfr.* Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho,* pp. 109-127.
168. Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 51.

do del derecho.[169] Por ello, intentar la construcción positiva del concepto del derecho desde el ordenamiento, le permite una construcción unitaria de las normas basadas en el concepto de validez, una correcta relación entre derecho y poder, y una comprensiva inserción de la realidad social superadora del formalismo jurídico.[170] Esta reflexión y análisis le dan la base para definir el derecho como "Conjunto de normas de comportamiento y de organización integradas unitariamente en un Ordenamiento que organizan la vida humana social, cuya validez se apoya en última instancia en el poder".[171]

A John Rawls (1921-2002), Baltimore, Maryland, se le reconoce por sus contribuciones a la filosofía política liberal. En su pensamiento, hay que decirlo, se encuentra la influencia de Kant y de los filósofos políticos contractualistas clásicos. La publicación de la obra *Teoría de la justicia* (en 1971) conllevó a una reactivación de la filosofía política. En este libro se propone explicar la justicia como equidad o *fairness*, propia de una sociedad bien ordenada e integrada por seres racionales y mutuamente desinteresados, situados en una posición original, cubiertos por el velo de la ignorancia. Características, todas ellas que hacen que los seres que integran esa sociedad se consideren como iguales, a la vez que garantizan —señala Habermas— que todos los acuerdos y convenios (principios de justicia: de libertades y de oportunidades iguales para todos) basados en consideraciones racionales con arreglo a fines sean, al mismo tiempo, en interés de todos, es decir, puedan considerarse correctos, en sentido normativo, o justos.[172]

Esos principios —dirá Rawls— habrán de gobernar la asignación de derechos y deberes de la persona; las instituciones, por su parte, habrán de determinar la correcta distribución de los beneficios y las cargas de la vida social.[173] Pero su intención primordial es dilucidar el sentido de la prioridad de la libertad.[174] Y como la libertad está unida directamente con el imperio de la ley, la administración de la ley regular e imparcial y, en este sentido, justa, le llevará a dar el salto de la justicia formal a la justicia como regularidad, siendo ésta una frase más sugestiva que la anterior.[175] Dicha administración

169. *Cfr.* G. Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 89-92.
170. *Ibid.*, p. 112.
171. *Ibid.*, p. 130.
172. J. Habermas, *Facticidad y validez / Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 122.
173. *Teoría de la justicia*, p. 62.
174. *Ibid.*, p. 222.
175. *Idem*.

regular e imparcial de normas públicas se convierte en imperio de la ley cuando se aplica a un sistema jurídico. De ahí que, de la íntima conexión de un sistema jurídico con los principios de justicia como regularidad, extraiga su noción de derecho: "Derecho es un orden coercitivo de normas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de regular su conducta y asegurar el marco para la cooperación social".[176]

A Jürgen Habermas (1929), Dusseldorf, Alemania, se le considera el miembro más destacado de la segunda generación de filósofos de la Escuela de Frankfurt y la última gran figura de la tradición filosófica que se inspira en Kant y Hegel para una interpretación sociohistórica del mundo actual. Tras una primera etapa en que sigue muy directamente los planteamientos de la teoría crítica según Horkheimer y Adorno, de quien fue discípulo, renueva esta misma teoría, manteniendo la perspectiva de oposición al cientificismo positivista y de intento de transformación de la sociedad mediante la reflexión crítica, apoyándose más que en la tradición idealista en la nueva filosofía del lenguaje. Formula así, su doctrina de la "situación ideal de diálogo" como núcleo de su teoría.[177]

En el caso particular de este pensador, no esperemos encontrar una definición explícita de lo que es el derecho, ya que es consciente de que arrumbadas aquellas nociones de legitimación, que cuentan con imágenes del mundo con contenido, la lógica de la evolución social nos ha conducido al *procedimentalismo*.[178] Hoy en día —dirá— "sólo poseen fuerza legitimante las reglas y premisas comunicativas que permiten distinguir un acuerdo o pacto, obtenido entre personas libres e iguales, frente a un consenso contingente o forzado".[179] En una de sus últimas obras, *Facticidad y validez,* se tiene acceso a su estudio sobre problemas iusfilosóficos y, por lo tanto, se encuentra lo que buscamos: qué se entiende por derecho. En *Facticidad y validez* hace una aplicación de los postulados generales, ya establecidos en *Teoría de la acción comunicativa* (1981), a la problemática iusfilosófica y, de modo particular, a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas.[180] Para Habermas

176. *Idem*.
177. Cortés, M. J, y Martínez, R. A, *Diccionario de filosofía* en CD-ROM, Herder, Barcelona, 1996.
178. Cortina. A., *Ética sin moral*, p. 167.
179. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, citado por Adela Cortina, *Ética sin moral,* pp. 167-168.
180. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p. 18.

la validez se resolverá en la tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa.

La pregunta clave en *Facticidad y validez* es cómo se estructura un sistema de derecho positivo capaz de estabilizar su propia y constitutiva inestabilidad, procedente de la conciencia cada vez más honda de su propia positividad y, por tanto, mutabilidad.[181] Un dato importante para responder a esa interrogante es que Habermas sigue entendiendo la relación entre derecho y moral en términos de subordinación del derecho a la moral o en términos de una complementación en la que la moral mantiene todavía la primacía normativa.[182] Sólo que en la etapa en que la conciencia moral se rige por principios —escribirá— la moral queda desinstitucionalizada hasta el punto de que sólo puede quedar anclada ya en el sistema de la personalidad en calidad de control interno del comportamiento. En esa misma medida, el derecho se transforma en un poder externo, hasta el punto de que el derecho coactivo moderno, sancionado por el Estado, se convierte en una institución desconectada de los motivos éticos.[183] Por lo cual sostiene que de lo que se trata es de sentar la tesis de que en la evolución social no pueden establecerse niveles de integración más altos mientras no se formen instituciones jurídicas que encarnen una conciencia moral de nivel convencional o de nivel postconvencional.[184]

Establece lo anterior porque sabe que ha surgido un problema con el derecho moderno: la separación entre moralidad y legalidad. El problema es que ahora, el ámbito de la legalidad en su conjunto es el que ha menester una justificación práctica.[185] Por ello, aunque a Habermas le interesan la facticidad y validez de la norma, insistirá —de acuerdo con lo planteado— en el consenso social como requisito tanto para la corrección racional de la norma, como para darle legitimidad. De ahí, que la legitimidad de una regla sea independiente de su imposición o implementación fáctica.[186] Así sostiene que en la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de los ciuda-

181. *Op. cit.*, p. 19.
182. *Idem.*
183. *Teoría de la acción comunicativa*, p. 246.
184. *Ibid.*, p. 247.
185. *Teoría de la acción comunicativa*, p. 338.
186. *Facticidad y validez*, p. 92.

danos políticamente autónomos.[187] Legitimidad de las reglas que se mide en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales.[188]

El derecho y sus fines

Una vez que hemos llegado a vislumbrar qué entendemos por derecho, habrá que preguntarse ¿por qué existe el derecho? o, ¿para qué hay derecho? Preguntas que se traducen en el siguiente cuestionamiento: si tiene o no, algún o algunos fines el derecho. En principio habrá que decir con M. Atienza que el derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente.[189] No obstante su omnipresencia, el derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es sólo un aspecto de lo social; sin embargo, es algo de lo que no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo en que vivimos.

Lo anterior se puede corroborar a través de lo que acontece en nuestra vida diaria: si pedimos o exigimos los servicios públicos, ahí tenemos *el bien común*; si en nuestras relaciones laborales, unas personas son mejor tratadas que otras, percibimos que hay desigualdad, e inmediatamente *exigimos justicia*; si en el diario acontecer —lo cual es verdad— se dan robos, asaltos, homicidios, secuestros, etc., pedimos que se nos brinde *seguridad*. La existencia de estos fenómenos sociales refuerza la idea y la afirmación de que el derecho tiene que existir; y al mismo tiempo se convierten para algunos autores en los fines del derecho: el bien común, la justicia y la seguridad. Así, para Louis Le Fur, el fin del derecho consiste en garantizar que por la justicia, el orden y la seguridad, se creen las condiciones que permitan a los miembros del grupo realizar su bien, el bien de todos, el bien común, realización que implica el sostenimiento de una justa medida entre la tradición y el progreso, y en consecuencia el simultáneo rechazo de la rutina y de las variaciones demasiado bruscas.[190] De esta manera, el bien común se aprecia en función del hombre, no del individuo, sino de la persona espiritual y libre; por lo cual, J.

187. *Ibid.*, p. 95.
188. *Ibid.*, p. 92.
189. *El sentido del derecho*, p. 15.
190. "El fin del derecho: bien común, justicia, seguridad", en AA.VV. *Los fines del derecho*, p. 16.

T. Delos lo define como "el conjunto organizado de las condiciones sociales, políticas, económicas, religiosas, gracias a las cuales la persona puede cumplir su destino natural y espiritual".[191]

En todo el mundo, la tendencia de hoy —observa Radbruch— es la de orientar el orden de la sociedad únicamente en el sentido de lo que se tiene por el bien común y de negar los principios autónomos de la justicia y de la seguridad. De esta manera —afirma— se destruye la idea misma del derecho.[192] Por lo tanto, junto al bien común debemos reconocer la justicia como otro de los fines del derecho; pero no la justicia entendida en sentido amplio, sino la justicia en su noción particular, que es la que esperamos realice el derecho. Esta noción de justicia ha sido determinada —señala el mismo autor— por Aristóteles de manera definitiva: justicia significa igualdad, no tratamiento igual de todos los hombres y de todos los hechos, sino aplicación de una medida igual. El tratamiento mismo será diferente en la medida en que difieren los hombres y los hechos; y habrá pues, no una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional. He ahí la *justicia distributiva* de Aristóteles.[193]

Si justicia significa igualdad, la *justicia conmutativa*, no es sino la *justicia distributiva* aplicada a hombres que se consideran como iguales. A pesar de su carácter proporcional —anota el autor citado—, la justicia exige que en derecho los hombres y los hechos agrupados según categorías más o menos vastas, sean tratados sobre un pie de igualdad o, lo que quiere decir la misma cosa, que las normas que regulan este tratamiento sean más o menos generales.[194]

Sostenemos con Radbruch, que la justicia es un fin del derecho, y que de ninguna manera se ha de confundir con el bien común: la justicia presupone la existencia de un conflicto, mientras que la idea de bien común lo niega. La justicia exige que la idea del bien común soporte el ser puesta en balanza con los intereses justificados del individuo; contraria al bien común, ella tiene un carácter individualista. La justicia está caracterizada por los principios de la igualdad y la generalidad, principios extraños a la idea del bien común.[195]

191. "Los fines del derecho: bien común, seguridad, justicia", en AA.VV. *Los fines del derecho*, p. 45.
192. "El fin del Derecho", en AA. VV, *Los fines del derecho*, p. 58.
193. *Ibid.*, p. 59.
194. *Idem*.
195. *Op. cit.*, p. 63.

Por encima de estos fines, para López Calera —quien en lugar de hablar de fines del derecho, prefiere hablar de *funciones* del derecho— se encuentra la justicia:

> desde una perspectiva filosófico-jurídica, no es ninguna aberración afirmar que hay *una función genérica, propia o específica del derecho* que históricamente se reconoce con bastante constancia e insistencia, aunque no de manera unívoca ni exclusiva, que es la *justicia*. En otras palabras, es razonable afirmar que la "gran función" del derecho es realizar la justicia en una determinada sociedad.[196]

Para Delos, la seguridad y la justicia forman parte del bien común; pero, también, nadie negará que son fines del derecho positivo. Durante los últimos años la seguridad ha sido objeto de numerosas investigaciones, debido, entre otras cosas, al aumento de los hechos que la ponen cada vez más en entredicho. En su sentido más general, Delos la define como "la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.[197] Líneas más adelante puntualizará, que, la seguridad es un estado subjetivo, consistente en la convicción que tiene el sujeto de que la situación de que goza no será modificada por la violencia, por una acción contraria a las reglas y a los principios que rigen la vida social.[198]

Por consiguiente, habrá que tener la suficiente fe para entender que el derecho es el mejor instrumento para garantizar la paz entre los hombres y entre los Estados, como resultado del cumplimiento y obtención de los fines señalados.

Función y concepto de la filosofía del derecho

Una vez que hemos analizado los dos términos, filosofía y derecho, resulta evidente que la filosofía del derecho es aquella rama de la filosofía que se ocupa del derecho. Ahora bien, señalamos al inicio de este estudio, que la filosofía es el conocimiento de lo universal; luego, si en este caso la filosofía

196. C. N. López, "Funciones del derecho", en Garzón, V. E, y J. F. Laporta (comps.), *Derecho y justicia*, pp. 458-459.
197. *Op. cit.*, p. 47.
198. *Ibid.*, p. 48.

tiene por objeto de estudio al derecho, deberá tomar a éste en sus aspectos y rasgos universales.

Ninguna ciencia jurídica particular —anota Del Vecchio— puede explicar *sic et simpliciter* qué sea el derecho en universal, sino únicamente lo que es el derecho o una parte de él, en un cierto pueblo o en un determinado tiempo.[199] El mismo Kant era consciente de esta limitación al escribir: "Si no quiere caer en tautologías o remitir a lo que las leyes disponen en un país y en una época, en lugar de ofrecer una respuesta general, la pregunta que tiene que sumir al jurista en la misma perplejidad que al lógico la pregunta ¿qué es la verdad? El jurista, puede sin duda, decirnos qué es derecho en un momento concreto (*quid sit ius*), es decir, qué es lo que las leyes dicen o han dicho en un lugar y tiempo determinados; pero si lo que las leyes disponen es también justo, y cuál es el criterio general que nos sirve para distinguir lo justo de lo injusto (*iustum et iniustum*), son cosas que no podrá descubrir nunca".[200]

Sin hacer mayores aspavientos intelectuales, sino de forma muy sencilla —escribe el doctor Víctor Rojas, A.— parece evidente que la ciencia *in genere*, y en este caso, la ciencia jurídica en particular, muestran su incapacidad para resolver problemas desde el saber estrictamente científico.[201] Por lo que estamos de acuerdo con López Calera cuando señala que la ciencia del derecho no es suficiente para comprender y explicar la totalidad real del derecho.[202] Idea compartida por García Máynez al señalar que la ciencia del derecho, quiere saber qué cosa es el derecho respecto de la totalidad de la vida jurídica, a fin de conocerse mejor en esta integral experiencia suya. La filosofía del derecho, en cambio, quiere saber qué es el derecho, mas no respecto a la vida jurídica, sino respecto de toda la vida, para comprender por qué aquél existe en ésta.[203] Por eso resulta ambiguo definir la filosofía del derecho como la "doctrina del concepto del derecho". Más bien, dirá Emil Lask que la filosofía del derecho suministra sólo un concepto filosófico del derecho, o sea, la fórmula filosófica de valor o de significación para la fórmula empírica del concepto. Investiga los últimos fines formales del derecho, su posición en el

199. Del Vecchio, *op. cit*., p. XXVIII.
200. *Introducción a la teoría del Derecho*, p. 45; *La metafísica de las costumbres*, p. 38.
201. A. V. Rojas, *Filosofía del Derecho*, p. 63.
202. *Op. cit*., p. 36.
203. *Filosofía del derecho*, p. 16.

reino de los valores culturales, su influencia sobre la conducta; determina al derecho su lugar trascendental.[204]

Luis Legaz y Lacambra sostiene, por su parte, que

> la Filosofía del Derecho responde a la insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una solución a las preguntas que se plantea el espíritu del hombre —en tanto que hombre y en tanto que jurista— y que exigen una respuesta. La Filosofía del Derecho debe ser una verdadera filosofía: una respuesta a las preguntas que la conciencia filosófica se plantea ante el Derecho.[205]

De esto se desprende que la insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una explicación del concepto, funciones y fines del derecho, y para comprender la variedad de problemas de los cuales la experiencia jurídica es testigo, justifica la existencia de esa reflexión filosófica sobre el derecho, que no es otra cosa que la misma filosofía aplicada al derecho.

Por consiguiente, la filosofía del derecho tratará de estudiar el derecho en su realidad, lo que se llama el *ser del derecho*. En este sentido no queremos decir que la realidad, lo que hay, sea el ser, sino al revés, el ser es la realidad y el ser del derecho es el ser de la realidad jurídica. Por lo tanto, hay que señalar que la filosofía del derecho no es propiamente una disciplina jurídica, sino que es la misma filosofía en cuanto dirigida a un ámbito de la realidad, que es la realidad jurídica, de la cual se constituye en una búsqueda permanente y desinteresada de las condiciones morales, lógicas e históricas que la hacen posible. Por esto es necesario insistir en que la filosofía del derecho no es una parte de la ciencia jurídica, aunque deba apoyarse en ella, sino un "saber metacientífico del Derecho", como dice López Calera.[206] Pero teniendo como punto de partida algo real, se trata, más bien —señala E. Fernández—, de una reflexión sobre el derecho, elaborada desde el derecho válido y eficaz, con la pretensión de convertirse en derecho justo,[207] pues, como bien indica Peces-Barba, una filosofía del derecho que pretenda sustituir a la ciencia jurídica es una ilusión, y una filosofía del derecho que pretenda ignorar a la ciencia jurídica es un error que conduce a una elucubración abstracta ca-

204. *Filosofía jurídica*, p. 31.
205. *Qu'est-ce que la philosophie du Droit?*, citado por E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 25.
206. *Op. cit.*, p. 4.
207. *Op. cit.*, p. 26.

rente de base real.[208] Fundándose en este papel tan importante de la ciencia jurídica, define a la filosofía del derecho como "el reconocimiento integral de la realidad jurídica que pretende establecer el concepto del derecho, los criterios de justicia o contenidos de moralidad que el derecho debe realizar, y las condiciones y justificación epistemológica del propio conocimiento sobre el derecho".[209]

Para Manuel Atienza la filosofía del derecho no tiene un terreno acotado en exclusividad. El filósofo del derecho es una especie de intermediario entre las prácticas y los saberes jurídicos, por un lado, y el resto de las prácticas y de los saberes sociales, por el otro. Por lo tanto, la filosofía del derecho debe ser capaz de dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico que cumpla además tanto una función crítica (de supervisión del uso de conceptos y métodos) como también de orientación práctica (aunque sólo sea en un sentido negativo: mostrando lo que *no* debe ser el derecho o cómo *no* deben construirse los saberes jurídicos).[210]

López Calera por su parte insiste en que la filosofía del derecho construye argumentaciones filosóficas, porque trata fundamentalmente de lo que debe ser y no debe ser el derecho, esto es, somete a revisión el derecho existente con base en principios y exigencias ético-políticas que no tienen existencia real o total en un sistema jurídico o en unas normas, pero que debieran tenerla.[211] Para cumplir tal cometido: suplir la insuficiencia de la ciencia jurídica y señalar al derecho lo que debe ser y lo que no debe ser, con la pretensión de ser siempre justo —como ninguna ciencia es autárquica—, la filosofía del derecho también tendrá que aceptar la ayuda de otras ciencias como la política, la antropología cultural y social, la economía, la sociología, la filosofía política, la psicología, etcétera, para ver con mayor claridad el fenómeno jurídico en su totalidad que es su objeto de reflexión. Esto me da el sustento suficiente para estar de acuerdo con Eusebio Fernández en lo que se puede entender por filosofía del derecho: "Aquella disciplina filosófica que tiene por objeto el estudio del fenómeno jurídico en su totalidad, como fenómeno humano, social, moral e histórico, y en estrecha relación con la Ética o Filosofía moral".[212]

208. *Op. cit.*, p. 161.
209. *Op. cit.*, p. 264.
210. *Op. cit.*, p. 249.
211. *Op. cit.*, p. 35.
212. *Op. cit.*, p. 26.

La relación que debe guardar la filosofía del derecho con la ética o filosofía moral me parece no sólo fundamental sino necesaria, porque es en todo caso, lo que le da vida al tema central de aquélla: la justicia. Pero de ahí a sostener lo que escribe J. Ruiz-Giménez: "ha de insistirse en la posibilidad de construir la Filosofía jurídica como aquella rama especializada de la Ética ampliamente entendida, que versa sobre los actos de la persona humana —y sus facultades y exigencias— en función del fin temporal o histórico de la convivencia",[213] hay un abismo, pues si las ciencias se especifican por su objeto, en este caso, una cosa es el estudio del *ser* del derecho, propio de la filosofía del derecho, y, otra, el *deber ser* del mismo, cuyo estudio correspondería, en todo caso a la Ética, y en algún sentido a la Deontología jurídica.

La filosofía del derecho y la sociología jurídica

A partir del año 1950, en plena posguerra, es cuando los problemas que viven las sociedades causados por la guerra, van a exigir el surgimiento de Sociologías especializadas, entre las que comienza a configurarse la Sociología jurídica, con el fin de llegar a un conocimiento realista del derecho, a un análisis e investigación empírica del mismo en conexión con sus causas y efectos de carácter social. Puede pensarse pues, en la Sociología jurídica como una disciplina nueva, en cuanto que es una disciplina que trata de promover y llevar a cabo investigaciones empíricas sobre el papel del derecho en la vida social, aunque ello no quiera decir que se haya prescindido de la elaboración de teorías. Pero es en Max Weber (1864-1920) —en el pensar de Verdross— donde se encuentra la primera exposición general de la sociología jurídica. El célebre escritor adoptó como base de sus ideas el concepto de "dominación", al que caracterizó como "la *chance* de que el contenido de un precepto sea obedecido por las personas a las que se dirige".[214] Completando estas ideas M. Atienza observa que el sociólogo más influyente en los últimos años ha sido quizás Niklas Luhmann, quien ha desarrollado una sociología en términos de una máxima abstracción.[215]

El año de 1982 —según Elías Díaz— es clave y muy importante para la Sociología jurídica, pues se reúne en Washington el V Congreso Mundial de

213. *Cfr. Introducción a la filosofía jurídica*, pp. 186 y 218.
214. *Op. cit.*, p. 292.
215. *El sentido del derecho*, p. 245.

Sociología —y de ahí sucesivamente se han celebrado año con año—, dando con ello carta de entidad a la sociología jurídica como una disciplina que forma parte de la sociología en general o, mejor, como una sociología especializada y a la que se le asigna como objeto de estudio el "fenómeno del Derecho no bajo el punto de vista normativo propio de la ciencia jurídica, sino como fenómeno social, usando el método inductivo".[216] Ramón Soriano, escribe que la sociología del derecho puede ser definida con sencillez y amplitud a través de la interconexión de los términos de su nomenclatura: la sociología jurídica se ocupa de la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que éste tiene, a su vez, en la sociedad.[217]

En lo que se refiere a los campos donde cada una se desenvuelve —observa Soriano— la común opinión de los filósofos del derecho es que a la filosofía del derecho le corresponde el estudio de la metodología jurídica, la ontología jurídica y la axiología jurídica, es decir, los procedimientos de conocimiento del derecho, el derecho en general y los valores jurídicos. La sociología del derecho se sitúa más bien en el ámbito del ordenamiento jurídico positivo y, desde allí, establece una conexión entre factores sociales y ordenamiento jurídico, y entre ordenamiento jurídico y sociedad.[218] M. Atienza por su parte, percibe un carácter híbrido en la sociología del derecho, como una nota especial que hace que esta disciplina pueda ser cultivada tanto por juristas como por sociólogos, de lo que resultan dos enfoques diferentes: Por su lado, los juristas se interesan, sobre todo, por construir una sociología *en* el derecho que pueda servir como un instrumento útil en la tarea de elaborar y aplicar un sistema de derecho positivo; lo que se convertiría, al mismo tiempo, en un correctivo frente a la tendencia hacia el formalismo del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica. Los sociólogos, por su parte, se inclinan hacia la construcción de una sociología *del* derecho, como una disciplina que cumple una función eminentemente cognoscitiva.[219]

De lo anterior se desprende que la sociología del derecho aparece como una rama de la sociología general, que utiliza sus mismos métodos, y que, incluso, se extiende por todos los campos de las sociologías particulares (el de la sociología de las profesiones, de la familia, de las relaciones laborales, de la política, del conocimiento, etc.); sectores, en todos los cuales está presente el derecho.

216. *Sociología y filosofía del derecho*, pp. 172-173.
217. *Sociología del derecho*, p. 17.
218. *Ibid.*, p. 32.
219. *Idem*.

Dentro del cuadro general de las ciencias, la Sociología jurídica es una ciencia relativamente nueva. Su nacimiento, como el de cualquier otra ciencia, debe tener una causa; y en este caso particular, una causa final. Es decir, ¿cuál es su finalidad?, ¿para qué sirve? Felipe Bucito trata de responder a estas preguntas y por principio dice que la sociología del derecho puede brindar información útil a la ciencia del derecho en muchos temas. De la ciencia del derecho se esperan —señala— propuestas político-jurídicas para los órganos de creación de leyes. Toda política jurídica requiere información básica sobre el ámbito social para cuyos problemas ofrece soluciones y este cuadro de necesidades básicas del grupo, así como la determinación sobre la influencia que la reforma legislativa puede tener en las conductas, no debería estar fundado en suposiciones o en la limitada experiencia que como abogado o como juez pueda tener el jurista. Éstos no pueden conocer este tipo de cuestiones, pues excede su marco de conocimiento y de técnica; el aporte puede ser hecho por la sociología jurídica.[220]

En general, el conjunto de áreas donde el derecho y la sociología se encuentran es muy amplio, pues se trata de vincular la práctica social con las normas jurídicas que pretenden alcanzarlas, y en la sociedad moderna no existe prácticamente un ámbito social que quede fuera del alcance del orden jurídico.

220. *Sociología del derecho / El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, pp. 123-124.

CAPÍTULO II

Contenidos de la filosofía del derecho



Introducción

El título de este capítulo en sí mismo, puede dar la impresión a simple vista, de ser demasiado ambicioso y presuntuoso. Al mismo tiempo, podría parecer también que al circunscribir el ámbito de estudio de la filosofía del derecho, las expectativas de algunos estudiosos del derecho sufrirían desilusión, por una parte, y, por otra, que ampliándolo demasiado, como si todas las aristas del derecho cupieran en ella, perdería profundidad y solidez el estudio y análisis que se hiciera de las mismas. Razón por la cual, algo que no podemos ignorar es nuestra propia condición humana, que si bien es sorprendente en su ser, también es limitada en su capacidad de conocer y actuar. Y como no hay filosofía del derecho, propiamente hablando, sino hombres que filosofan sobre el derecho, éstos tendrán que acotar, por propia modestia intelectual los temas objeto de estudio de esta rama del saber. Esto es precisamente lo que pretendemos hacer.

Aunque propiamente no se puede hablar de partes de la filosofía del derecho —puntualiza Atienza—, es usual distinguir tres sectores que se corresponden con las tres cuestiones esenciales de: *qué es* el derecho (ontología o teoría del derecho); *cómo se puede conocer* (teoría de la ciencia jurídica) y *cómo debería ser* (teoría de la justicia).[221] Gregorio Peces-Barba comparte el señalamiento anterior, pues, al observar los enfoques actuales de la filosofía del derecho, señala que éstos exigen un estudio tripartito: la teoría de la justicia, la teoría del derecho y la teoría de la ciencia jurídica. Con una u otra denominación, con mayor acento metafísico o con mayor insistencia en puntos de vista más modernos y secularizados, se suele coincidir en estos tres temas: uno que reflexiona sobre el propio conocimiento sobre el derecho, otro sobre

221. M. Atienza, *El sentido del derecho*, p. 249.

los conceptos jurídicos, metodología y lógica jurídica y, por fin, otro, sobre los valores jurídicos o la teoría del derecho justo.[222]

Eduardo García Máynez, con fundamento en el pensamiento de Pietro Piovani, no coincide con la asignación anterior de los temas a tratar por la filosofía del derecho, la cual "quiere saber qué es el Derecho, mas no respecto de la vida jurídica, sino respecto de toda la vida, para comprender por qué aquél existe en ésta". Así, frente a la teoría general del derecho, que lo estudia desde adentro, la filosofía del derecho lo estudia desde afuera, y lo considera no sólo en sí mismo, sino en sus relaciones y diferencias con los demás órdenes reguladores del comportamiento humano: la moralidad, los convencionalismos sociales y la religión. En razón de esto concluye que la definición del derecho y el estudio de los conceptos jurídicos son dos grandes temas de esta disciplina, a la cual le da el nombre de teoría fundamental del derecho, a la que pertenecen: la ontología formal del derecho y la lógica jurídica. A la primera la entiende como el estudio sistemático de las conexiones esenciales de carácter formal entre las diversas manifestaciones de la conducta jurídicamente regulada; la segunda, es el estudio sistemático de la *forma* de los juicios, los conceptos y los raciocinios jurídicos. La *axiología jurídica*, que, si bien tiene por objeto el estudio de los valores a cuya realización debe tender el derecho, es una conclusión a la que —desde su punto de vista— el tratamiento de la definición de lo jurídico conduce al investigador.[223]

En relación con la última afirmación, algunos filósofos del derecho —por el contrario— coinciden en que la parte central de la filosofía del derecho, como objeto de reflexión, son los valores jurídicos, el derecho justo, el derecho que debe ser. Así, A. Kaufmann escribe que el tema de la filosofía del derecho es el "derecho justo, la 'justicia'". Por eso sus dos preguntas básicas son: ¿*Qué* es derecho justo?, y ¿*cómo* conocemos o realizamos derecho justo?[224] En la misma línea, Elías Díaz sostiene que la filosofía del derecho tiene como zona central de trabajo el derecho justo, es decir, el derecho que por alguien es presentado racionalmente como tal.[225]

Desde mi experiencia docente y sin contradecir ni desvirtuar las opiniones anteriores, sino corroborándolas, hago esta puntualización: el licenciado en derecho, el profesional del derecho o el jurista han de *conocer* al derecho

222. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 251.
223. *Cfr. Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 16-17.
224. *Op. cit.*, p. 41.
225. *Op. cit.*, p. 60.

en lo *que es*, es decir, su esencia; han de saber *expresar*, *decir*, *argumentar* el derecho, y han de *tener conciencia para practicar y aplicar* el derecho. En consonancia con esto, estoy de acuerdo con Eusebio Fernández al indicar que la filosofía del derecho incluiría tres apartados temáticos de estudio, que serían: la teoría del derecho u ontología jurídica, la teoría de la ciencia jurídica o lógica jurídica y la teoría de la justicia o axiología jurídica.[226] Esos serían los grandes troncos que, junto con sus ramas, constituidas por los diversos aspectos o subtemas en que se desdoblan cada uno, abarcan el objeto de estudio y análisis en los siguientes apartados.

Teoría del derecho u ontología jurídica

En sentido amplio, podríamos decir que la palabra "ontología" designa la existencia de cosas, de un mundo que está más allá del conocimiento sensible, que condiciona la decisión práctica del hombre. En estricto sentido, por ontología o metafísica entendemos con el iusfilósofo González Morfín "la parte de la filosofía que estudia el ser en cuanto tal y las propiedades o características que le corresponden".[227] A primera vista, parecería inútil esta disciplina filosófica por el grado de abstracción y profundidad con el que estudia a su objeto, que es el ser. Pero precisamente estas notas del ser son las que ponen de manifiesto la importancia de la ontología. En la filosofía del derecho es indispensable la consideración ontológica de los temas jurídicos. Ahora bien, si hablamos de la ontología jurídica, en primer lugar es, para distinguir esta disciplina de la teoría general del derecho; en segundo lugar —como indica Francisco Carpinteiro B.—, para sostener que los fundamentos del derecho, o del razonamiento jurídico, no siempre son arbitrarios o puramente convencionales, sino que se revisten de cierta necesidad.[228] En tercer lugar —si por necesario entendemos aquello que es y no puede ser de otra manera—, para indicar que el problema fundamental de la ontología jurídica es determinar la noción de derecho, lo que es derecho, es decir, su esencia. En este sentido, la ontología jurídica —para López Calera—, trata de dar un

226. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, pp. 27-28; E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, p. 239.
227. M. E. González, *Temas de filosofía del derecho*, p. 17.
228. "Ontología jurídica", en M. F. Puy (coord.), *Cuaderno de prácticas de filosofía del derecho*, p. 97.

concepto del derecho que trascienda la inmediatez de los ordenamientos vigentes, esto es, pretende comprender la especificidad de lo jurídico.[229]

R. Dworkin contra aquellos juristas, a los que llama nominalistas que dan la espalda a la pregunta de ¿qué son? el derecho y la obligación jurídica, y el reclamo de una respuesta jurídica que trascienda lo fáctico, señala: "La Filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho".[230] Idea que corrobora N. Bobbio al escribir que

> al filósofo del Derecho no le basta con conocer la realidad empírica del Derecho, sino que busca también su fundamento, su justificación: se sitúa así frente al problema del valor del Derecho. Criterio que le permite enjuiciar al Derecho del pasado pretendiendo con ello influir en el vigente.[231]

Para hacer honor al estudio de estos tres objetivos que sobre el derecho se plantea la ontología jurídica, es natural que no basta, ni mucho menos es suficiente un estudio meramente formal del concepto y estructura del derecho, sino que es necesario algo más profundo para concretarlo y materializarlo; para lo cual —de acuerdo con Elías Díaz—, desde la ontología jurídica, habrá que estudiar el ser del derecho, tener una comprensión totalizadora del sentido del derecho en el mundo, en la realidad humana y social.[232] Incluso, estamos de acuerdo con Legaz y Lacambra, en que el problema ontológico es fundamental y básico para la filosofía del derecho. Pues lo que en principio y en forma prioritaria hay que tratar de resolver es el problema de la *realidad del derecho*, lo que el derecho es *en realidad*.[233] Por estas razones, en este apartado habremos de abordar al derecho en relación con la fuerza y el poder; la vigencia y validez del derecho; el derecho y la política; y, el Estado de derecho.

Fuerza y poder

A través de la historia de la vida humana un fenómeno que se hace presente y experimentamos a temprana edad, es la *desigualdad*: por ejemplo, la relación

229. López, C. N. M., *Filosofía del derecho*, p. 35.
230. *Filosofía del derecho*, p. 8.
231. *El positivismo jurídico*, p. 148.
232. *Op. cit.*, p. 265.
233. *Filosofía del derecho*, p. 34.

familiar, en la que el padre es superior al hijo. Otra experiencia inmediata y frecuente, es la Escuela, en la que también el maestro es superior al alumno. Esta situación de desigualdad, a su vez, propicia la aparición de otro fenómeno, la relación de *fuerza*. Ésta se caracteriza por ser aquella actitud mediante la cual alguna persona dentro del grupo hace que los otros actúen de tal forma que no lo harían de manera espontánea; para ello se vale de la violencia física o moral. La fuerza es —según M. Walzer— el poder utilizado violando su significado social. Que sea utilizado así, por lo común, no debería ocultarnos su carácter tiránico.[234] Y la tiranía —para Tomas Hobbes, el gran defensor del poder soberano— no es sino la soberanía desagradable.[235]

Por su parte, el poder, más que un fenómeno de hecho es un fenómeno normativo; es una fuerza legítima; es una forma de fuerza establecida o reconocida por los valores, las creencias y las normas de la sociedad en que se ejerce. Es una fuerza institucionalizada —en palabras de Peces-Barba—, es decir, abierta a valores: los valores morales de la libertad, la seguridad, la igualdad y la solidaridad, que impulsa y apoya la existencia del derecho, y que, al mismo tiempo, es limitado y organizado por el derecho.[236] De lo contrario, se puede caer en el extremo de la licencia, por la cual —como bien decía Lord Acton— "el poder tiende a corromper; el poder absoluto corrompe absolutamente". O, como lo había dicho un siglo antes William Pitt: "el poder ilimitado es proclive a corromper las mentes de quienes lo poseen".[237]

Uno de los rasgos más característicos de los hombres del renacimiento —señala Carlos Valverde— es su afán de dominio. Galileo encontró el método de dominar la naturaleza; Maquiavelo buscó un método para dominar a los hombres, método natural y empírico que no pretendía encontrar apoyo ni justificación alguna en principios metafísicos, religiosos o morales, sino que buscaba, ante todo, la eficacia. En ese empeño, el fin justifica los medios.[238] Crear Estados poderosos y estables es el fin. Nada importa si para ello se utilizan los medios que en sí mismos son malos:

> Tanta es la distancia entre cómo se vive y cómo se debería vivir, que quien prefiere a lo que se hace lo que debería hacerse más camina a su ruina que a su con-

234. *Las esferas de la justicia*, p. 292.
235. *Leviatán*, p. 279.
236. G. Peces-Barba, *Ética, poder y derecho*, p. 78.
237. Citados por R. Dahl, *La democracia / Una guía para los ciudadanos*, p. 86.
238. C. Valverde, *Génesis, estructura y crisis de la modernidad*, pp. 80-81.

> solidación, y el hombre que quiere portarse en todo como bueno, por necesidad fracasa entre tantos que no lo son, necesitando el Príncipe que quiere conservar el poder estar dispuesto a ser bueno o no, según las circunstancias.[239]

Toda la actuación inmoral de *El príncipe* queda justificada por lo que después se llamará la razón de Estado.

De conformidad con lo expuesto por Peces-Barba: que el poder es una fuerza abierta a valores, es imposible tratar el poder como una cosa sujeta a apropiación. No es una *res nullius* de la que se pueda uno apoderar. El poder es una función que supone un título de competencia y, por consiguiente, para desprender esta competencia, un procedimiento más o menos satisfactorio de designación. De otra manera —como bien observa J. Dabin— se cae en las doctrinas de la fuerza, que suprimen el problema de la legitimidad y reconocen por legítimo, en materia de poder, el derecho del más fuerte, del más atrevido, del más hábil.[240] De aquí se desprende otra diferencia entre estos dos fenómenos, que la podemos percibir por el hecho de que la fuerza consiste en imponer un punto de vista o actitud a otros; el poder, en cambio, es el derecho a exigir esa actitud o la coincidencia con ese punto de vista. En este contexto, la fuerza sin poder se convertiría en brutalidad; el poder sin derecho —afirma Bobbio— es ciego, pero el derecho sin poder es vacuo.[241]

El poder tiene necesidad de ser justificado. Es un principio general de la filosofía moral que lo que tiene necesidad de ser justificado es la mala conducta no la buena. "Sólo la justificación, cualquiera que ésta sea —sostiene Bobbio—, hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber, es decir, transforma una relación de mera fuerza, en una relación jurídica".[242]

En esa situación de desigualdad que hemos enunciado, el hombre es consciente de algo muy importante que le permite y faculta a pensar, moverse, hablar, opinar, trabajar, descansar; en fin, toda esa gama de acciones y actividades que conforman su vivir y existir. Ese algo es la libertad; pero en razón de la desigualdad que se da, son más manifiestas y crudas las relaciones de fuerza en detrimento de la propia libertad. Frente a esto, los seres humanos se esforzarán con el fin de acercarse cada vez más a la igualdad.

239. *El príncipe*, c. XV.
240. *Doctrina general del Estado*, p. 174.
241. N. Bobbio, *Teoría general de la política,* p. 262.
242. N. Bobbio, *Origen y fundamentos del poder político*, p. 29.

En la medida que esto se vaya logrando, el uso de la libertad será más adecuado; pues a mayor reconocimiento de la igualdad más limitada tendrá que ser la libertad, para que todos puedan ser libres. Para concretarse esto, es necesaria la existencia del poder social —como lo indica el doctor Rojas Amandi—, a efecto de posibilitar la libertad individual, pues de otro modo la libertad del más fuerte fácilmente pondría en peligro la libertad del débil. Con ello, pronto existiría un monopolio de la libertad, al que no se podría llamar así, pues ésta por su propia naturaleza es un fenómeno social que implica un sistema de relaciones recíprocas de libertad más que un derecho de libertad aislado.[243]

A su vez, la libertad y el poder exigen que en la comunidad se dé un orden, debido a que en el desorden nadie puede ser libre y, por lo mismo, el poder tampoco puede ejercerse. Precisamente —según Hobbes—, en aquella situación hipotética originaria de la vida social, el estado de guerra en que vivía el hombre —*bellum omnium contra omnes*— le obligó a realizar un contrato social, por el cual una autoridad, con carácter individual o de asamblea pudiera regular las relaciones entre los individuos.[244] En ese contexto, cada individuo, en la hipótesis del estado de naturaleza, aparece como un centro de fuerza, expuesto a la acción aislada o combinada de los otros centros de fuerza, y por ello legitimado por este estado de necesidad para defenderse por sí mismo. Para eliminar el difundido recurso a la fuerza por parte de los centros individuales de poder no hay otra vía que concentrar la fuerza, todas las fuerzas, en un solo punto: instituir el poder soberano como poder político coactivo, que se vuelve el único poder de derecho —según Bobbio—, en virtud de la autorización obtenida mediante el pacto social.[245] Años más tarde M. Weber reafirmará esta idea al entender al Estado: como la comunidad dentro de los límites de un territorio establecido, ya que éste es un elemento que lo distingue, la cual reclama para ella el monopolio de la legítima violencia física;[246] esto será la *ultima ratio* de todo poder, según H. Heller.[247] R. Nozick en la misma línea de Weber, señala que una condición para que la asociación de protección dominante se convierta en Estado es que posee

243. *Filosofía del derecho*, p. 231.
244. *Leviatán*, Parte II, cap. XVII.
245. *Ibid.*, p. 49.
246. *El político y el científico*, p. 8.
247. H. Heller, *Teoría del Estado*, p. 264.

el tipo requerido de monopolio del uso de la fuerza en el territorio.[248] Pero habrá que entender que el uso de la fuerza monopolizada y devenida pública puede ser igualmente indiscriminado como lo era el de la fuerza privada de los individuos y de los grupos particulares, y puede surtir iguales efectos destructivos sobre la vida social. Por lo tanto, debe sujetarse a ciertos límites. Punto, que trataremos más adelante.

Por consiguiente, el orden es indispensable para practicar la libertad y ejercer el poder; pero en esta circunstancia se trata de un orden, que si bien es impuesto por el poder, al mismo tiempo es aceptado y querido por aquellos que quieren vivir en libertad y en paz; de ahí que San Agustín en la *Ciudad de Dios*, la definiera como la tranquilidad del orden: *pax omnium rerum tranquillitas ordinis*.[249] El poder político, para gobernar al grupo humano —sostiene González U.— debe crear un orden no sólo material sino jurídico.[250] Sólo que aquí es poder y no fuerza, que tendrá como una de sus tareas principales dar cohesión y unidad al grupo social. El poder, por tanto, ha de expresarse a través de un orden, con ideas y valores como contenido, en virtud del cual ha de ser reconocido por todos. Con el tiempo, este poder empieza a tener cierta manera de ser, de manifestarse y de ejercerse. Así, en la monarquía el poder era teocrático, su palabra era la ley, que como tal debía ser obedecida, y respondía a una idea y valores que la comunidad aceptaba.

Formas de manifestarse el poder

Según la doctrina, existen tres formas de poder:

a. **Poder de hecho:** aquél que se ejerce respondiendo a los valores vigentes en el grupo, pero que no necesariamente coincide con las normas, o no tiene su base de ejercicio en ellas por lo menos. En relación con esta clase de poder hay dos opiniones: el único poder se encuentra en el Estado y alrededor del mismo Estado se dan fenómenos o relaciones de poder diferentes al del Estado. Nuestra vida jurídica comparte la segunda opinión desde el momento en que en nuestro sistema jurídico se permite que haya todo tipo de organizaciones con tal que funcionen de acuerdo al fin para el cual

248. R. Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, p. 117.
249. San Agustín, *Obras / De la ciudad de Dios*, p. 1398.
250. González, *Teoría política,* p. 361.

fueron creadas. Así, encontramos a los sindicatos, los cuales tienen poder político, pero que según la ley no lo deben tener. No es fuerza la que poseen, sino que dentro de la comunidad se aceptan y, por lo tanto, tienen poder, pero tolerado por el derecho; habida cuenta que el Estado —dice Dabin— no tiene como papel comprimir, menos aún estorbar el juego de las fuerzas sociales, sino dejar que éstas se muevan espontáneamente, en los límites del orden y la justicia.[251]

b. **Poder personal:** es aquel poder que reside en una persona. Esto significa que determinado individuo por sus características especiales es visto y aceptado en el grupo como aquel que debe detentar el poder. Debido a esto, el grupo sólo entiende el poder a través de esa persona. Tal persona —observa Max Weber— está predestinada a ser guía de los hombres, en quienes la obediencia no se debe precisamente a la costumbre, sino a la fe puesta en él; y es su persona y son sus cualidades intrínsecas las que atraen al conjunto de discípulos, al séquito o al partido.[252] Este individuo es una persona carismática, que tiene el poder por ser él y no otra persona, cuyas cualidades coinciden con las aspiraciones y anhelos que tiene el grupo. Esto representa una ventaja para el pueblo, siempre y cuando quien detente el poder posea esas cualidades, porque de ellas depende el ejercicio del poder personal. Pero al mismo tiempo se percibe una desventaja fundada en la inestabilidad que como sujeto individual posee. Porque si la colectividad piensa que el poder se identifica con la persona, al momento de desaparecer, o de morir, se dará un vacío de poder y una inseguridad en la sociedad. Por tal razón, se llegó a la necesidad y exigencia de disociar poder y persona y asegurar las instituciones por las sucesiones; un ejemplo de ello fue la monarquía, posteriormente la Corona y el derecho de ocuparla según las reglas dadas; preparándose con ello la tercera manifestación del poder.

c. **Poder de derecho:** este poder reside en una institución, que por contrapartida con el poder anterior, éste sí es estable y tiene con-

251. *Op. cit.*, p. 410.
252. *Op. cit.*, p. 9.

tinuidad y que no desaparece; y en relación con el primero, éste es un poder fundado en el derecho. En esta situación, el titular del poder puede desaparecer, pero el poder se tiene que dar o trasmitir a otro. En este caso, ese otro, es la institución llamada Estado titular del poder, representado por una persona, dígase presidente, primer ministro, etc. El paso del poder personal al poder institucional se da por medio de la Constitución Política, en la cual se deben reflejar los valores e ideas de la comunidad, a través de sus representantes en el Congreso Constituyente, que dará como fruto la Ley Fundamental, o Constitución política, que a su vez creará la Institución Estatal. Así las cosas, el poder de derecho para ser tal deberá cumplir con dos requisitos: ha de ser *legal*; es decir, conforme al procedimiento jurídico de cada Estado; y, ha de ser *legítimo*: El poder —dice Dabin— es cuestión de derecho que encuentra su razón de ser en la institución política misma y cuya utilización por sus detentadores actuales no es legítima sino en tanto que es ejercida en la línea de la institución.[253] Es decir, que sea acorde con los ideales, aspiraciones, principios y valores de la comunidad política.

Por su parte, González Uribe afirmará que "la autoridad y la fuerza —elementos del poder político— tienen que combinarse sabia y acertadamente entre sí para constituir un poder de derecho. Es evidente que en una sana vida política, el elemento *fuerza* debe subordinarse siempre, tanto en el orden de la intención como en el de la ejecución, al elemento cualitativo y valioso de la *autoridad*. Pero en la práctica, quedará siempre a la prudencia y buen juicio del gobernante determinar cuando ha de usar más de la una que de la otra. Seguirá siendo verdad, sin embargo, que para que haya un genuino poder de derecho o poder regular, es preciso que prevalezca, de manera evidente e inconfundible, el elemento autoridad sobre el de fuerza".[254] A esto podemos añadir que, desde el punto de vista de los principios, no es la fuerza la que constituye el poder o la que, inclusive, justifica a alguien para mandar. Lo que sí es preciso decir es que para estar en aptitud de gobernar de manera efectiva y de imponer su voluntad, el poder debe estar acompañado por la fuerza, la fuerza material. Si la fuerza no es la justificación ni la

253. *Op. cit.*, p. 65.
254. González, *Teoría política*, p. 363.

realidad del poder, que es de esencia espiritual, es por lo menos su auxiliar indispensable. De ahí que podamos concluir este apartado con la siguiente afirmación: lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario.

Validez y vigencia del derecho

Son dos términos que se *telescopian* y se complementan, como podremos mostrarlo en este apartado. El *Diccionario de la Real Academia* al describir la palabra *validez*, señala lo siguiente: es la calidad de válido, por ejemplo: la validez de un documento. N. Bobbio, en el ámbito jurídico anota: válido es adjetivo del término validez; valioso sería el atributo del término valor; sin embargo, puesto que valioso es un adjetivo lingüísticamente poco correcto, puede ser sustituido por el adjetivo justo, en cuanto que el valor fundamental que afecta al derecho es la justicia.[255]

Ya que hemos especificado los términos anteriores podemos proceder con el tema en cuestión. La gran mayoría de los juristas —señala Ulises Scmill— están de acuerdo en afirmar que el derecho es un conjunto de normas. Con base en esta tesis es común encontrar la expresión "validez" referida a estas normas que en conjunto integran el orden jurídico. Por lo cual se dice que cada una de las normas que pertenecen a un orden, son válidas.[256] A esto, me parece que es necesario agregar algo más; pues, como bien indica Bobbio, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos tres problemas distintos: 1) si es *justa* o *injusta*; 2) si es *válida* o *inválida*; 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Es decir, los problemas de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de la norma jurídica.[257] Al comparar los dos primeros, indica que, mientras el problema de la justicia se resuelve con un juicio de valor, sobre si la norma es justa o no, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho. Por lo que la validez jurídica de una norma equivale a la existencia de esa norma como norma jurídica;[258] la ciencia jurídica se debe limitar a formular juicios de validez sobre el derecho, esto es, a comprobar su existencia jurídica,[259] Brieskorn puntualiza un poco más este asunto, ya que deduce la validez

255. *El positivismo jurídico*, p. 147.
256. *Diccionario jurídico mexicano*, p. 3214.
257. *Teoría general del derecho*, p. 20.
258. *Ibid.*, p. 21.
259. *El positivismo jurídico*, p. 147.

jurídica de lo que entiende por *positivismo jurídico*: la doctrina que sólo califica como derecho las normas puestas por los hombres en el espacio y en el tiempo y que han sido establecidas con poder. Al que califica como *positivismo normativo*. Así, las normas jurídicas *son válidas* única y exclusivamente porque han sido emitidas por los órganos jurídicos competentes y mediante un procedimiento reglamentado.[260] Esto es a lo que Alexy denomina *concepto jurídico de validez*, que es un concepto *mixto*, puesto que implica elementos tanto del concepto sociológico como del concepto ético de validez. Esto —indica— no excluye que se pueda construir un concepto de validez jurídica en *stricto sensu* que se refiera exclusivamente a propiedades específicas de la validez jurídica y de esta manera constituya un concepto contrastante de los conceptos de validez social y de validez moral. A este tipo de concepto se hace referencia cuando se dice que una norma *vale jurídicamente* cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; en otras palabras: cuando se dicta conforme al ordenamiento.[261]

J. Habermas comparte la idea anterior al indicar que: vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene mientras ello no ocurra dicha fuerza y vigor.[262] Más adelante, a esta validez de origen, es decir, legal, la refuerza con la legitimidad: la validez jurídica de una norma significa que vienen garantizadas tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley.[263]

Ronald Dworkin para llegar a exponer lo que entiende por validez de una norma, toma en cuenta el pensamiento jurídico de Austin, al que abandona por considerarlo como muy simple; y acoge la línea jurídica de Hart, diciendo que es de gran importancia la distinción que hace entre normas pri-

260. Brieskorn, *Filosofía del derecho*, p. 95.
261. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, pp. 88-89.
262. Habermas, *Facticidad y validez*, p. 91.
263. *Ibid.*, p. 93.

marias y normas secundarias.[264] De igual manera, resalta la gran importancia del análisis general de las normas que hace este autor. La teoría general de las normas que él ofrece —señala Dworkin— no hace depender la autoridad de éstas de la fuerza física de su autor. Una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona que tiene fuerza física quiere que lo sea. Tal persona debe tener *autoridad* para dictar la norma, porque si no, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes ella se dirige.[265] De la forma como vienen a la existencia las normas primarias y secundarias —parafraseando a Hart—, se deriva la posibilidad de dos fuentes para la autoridad de una norma:[266]

A. Una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la acepta como norma de conducta. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento.

B. Una norma también puede llegar a ser obligatoria al ser promulgada de conformidad con alguna norma *secundaria* que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias. Con esta fundamentación que le da el análisis harteano de las normas, así es como dice Dworkin: en este sentido usamos el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria las llamamos normas válidas.[267] Precisamente, Atienza sostendrá que un acto o una norma es válido(a) si se ha realizado o se ha dictado de acuerdo con los requisitos establecidos en la correspondiente norma que confiere poder.[268]

264. *Los derechos en serio*, p. 68. Normas primarias prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las secundarias establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario. Las normas primarias imponen deberes; las secundarias confieren potestades públicas o privadas. Las normas primarias se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las secundarias, además de esto, prevén actos que conducen a la creación o modificación de deberes u obligaciones. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 101.

265. *Ibid.*, p. 69.

266. *Cfr.* Hart, *op. cit*., pp. 113-120.

267. *Idem*.

268. Atienza, *El sentido del derecho*, pp. 87-88.

Hart, en lo particular, para expresar su concepto de validez, comienza por analizar el pensamiento de Kelsen, y observa que este autor distingue entre la eficacia de un orden jurídico que es, en su conjunto, eficaz, y la eficacia de una norma particular. La eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. "Una norma no es válida porque es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general eficacia".[269] Por lo tanto, una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz.[270] Más aún, por el solo hecho de existir una norma es válida: la existencia de una norma jurídica es su validez.[271] Sin embargo, la validez de una norma depende de su pertenencia a un orden jurídico, de tal manera, que una norma especial pierde su validez cuando el orden jurídico al que pertenece considerado como un todo, deja de ser válido.[272] En estos términos, la eficacia del orden jurídico total es *conditio sine qua non*, aunque no *conditio per quam*, de cada una de las normas que lo integran.[273]

Una vez que ha expuesto el planteamiento de Kelsen, Hart expone el suyo: según Kelsen la eficacia general del sistema no es un criterio de validez proporcionado por la regla del reconocimiento de un sistema jurídico,[274] sino que es presupuesta si el sistema no es en general eficaz, no puede hacerse con sentido ningún enunciado de validez.[275] Mi punto de vista —dice Hart— difiere del de Kelsen en este particular, puesto que aunque la eficacia del sistema es el contexto normal para formular enunciados de validez, no obstante ello, en circunstancias especiales, tales enunciados pueden tener sentido aunque el sistema ya no sea eficaz. Sería erróneo decir que los enunciados de validez "significan" que el sistema es generalmente eficaz. Porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, no es sin embargo un sinsentido ni es siempre inútil.[276] Podemos en verdad decir simplemente

269. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 49.
270. *Idem*.
271. *Ibid.*, p. 56.
272. *Ibid.*, p. 140.
273. *Idem*.
274. Regla fundamental en el pensamiento de Hart, para quien es la que da certeza al régimen de reglas primarias: "La 'regla de reconocimiento' (*rule of recognition*) especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla de grupo". *Op. cit.*, p. 117.
275. *Op. cit.*, p. 313.
276. *Ibid.*, p. 130.

—reafirma lo que ha dicho— que el enunciado de que una regla particular es válida, significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento.[277]

L. Ferrajoli no está de acuerdo con esta concepción de validez que comparte toda la tradición positivista, porque le parece simple y, además, inadecuada para los modernos Estados de derecho: en tal concepción *la validez de una norma se identificaría con su existencia jurídica*, como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción. Su identificación tendría lugar consiguientemente mediante reconocimientos empíricos atentos tan sólo a las formas del acto normativo de producción, y no también mediante valoraciones del significado o contenido normativo de las normas producidas. Además, esta concepción de validez le parece exclusivamente formal, que resulta totalmente insuficiente en los modernos Estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo.[278]

Una validez que se afirma, debe ser tratada de tal manera —señala Kaufmann—, como si el consenso[279] pudiese confirmar dicha aseveración. Sin embargo, este consenso no se puede alcanzar de hecho, pero será presumido en la exigencia fáctica de validez.[280] Con esto se aclara —indica el mismo autor, y estamos de acuerdo— que el consenso real de ninguna manera es un criterio de validez para el derecho, sino su *capacidad* de consenso.[281] En esta regla de reconocimiento, Radbruch ve sólo un intento para salvar la incapacidad de la teoría jurídica de la validez para justificar la validez de las normas jurídicas supremas de un determinado sistema (que sería la Constitución o lo que llama Hart, regla primaria). Y falla con respecto al infractor que obra movido por una convicción y niega al derecho su reconocimiento. Además, se ve obligada a admitir que el reconocimiento de una norma jurídica implica también el de sus consecuencias. Si hay que reconocer las consecuencias lógicas necesarias de una norma jurídica, ello quiere decir que la teoría del reconocimiento pasa imperceptiblemente de la justificación ju-

277. *Ibid.*, p. 129
278. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 355.
279. Hart: *reconocimiento*.
280. *Op. cit.*, p. 371.
281. *Idem*.

rídica por el reconocimiento real y efectivo a la justificación jurídica, a partir del simple deber de reconocer.[282]

Además de lo ya citado, Hart aclara algunas perplejidades vinculadas con la idea de validez, que según algunos, se refieren a la relación entre la validez y la eficacia del derecho. Si con eficacia —observa— se quiere aludir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida, resulta obvio que no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y *su* eficacia, salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunos lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de *desuso*[283]) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz.[284]

Según Robert Alexy existen tres conceptos de validez, en correspondencia con los tres elementos que encuentra en la definición de derecho: *eficacia*, *corrección material* y *legalidad* conforme con el ordenamiento: concepto *sociológico*, concepto *ético* y concepto *jurídico* de validez. Y, precisamente, vinculará la validez con la eficacia, lo que le da como resultado *el concepto sociológico de validez*, cuyo objeto es la validez social. Incluso, la eficacia es condición de la validez. Si un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social —afirma— este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente.[285] Una norma vale socialmente —según él— si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción. Al mismo tiempo percibe que en los términos usados —obediencia y sanción— hay ambigüedad. Si de obediencia se trata, basta el comportamiento externo o presupone determinados conocimiento y motivos en el actor. Si es lo último, qué conocimientos y motivos se requieren para que pueda hablarse de obediencia a una norma. En cuanto a la sanción habrá que tener en cuenta que una norma puede ser obedecida de diferente manera y la desobediencia puede ser sancionada en medida diferente. Esto tiene como consecuencia que la eficacia social y, con ello la validez social de una norma es un asunto de grado. En esto tiene mucho que ver el peso que se le dé a la obediencia y a la aplicación de la sanción en caso de desobediencia.

282. *Op. cit.*, p. 50
283. Si la norma permanece indefinidamente ineficaz, se dice que ha sido privada de su validez por "*desuso*". H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 140.
284. *Op. cit.*, p.129.
285. *Op. cit.*, p. 89; Bobbio, *El positivismo jurídico*, p. 152.

Es del parecer, que el análisis de los problemas del concepto de validez social tiene lugar en el ámbito de la sociología jurídica. Y puntualiza, que para el asunto de la eficacia basta con conocer tres elementos: 1) que la validez social es un asunto de grado; 2) que la validez social es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de una sanción en caso de desobediencia; y, 3) que la aplicación de la sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente organizada.[286]

Para completar este punto, Alexy indica que existe un tercer concepto de validez, que es el **concepto ético** de validez, cuyo objeto es la validez moral. Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada. A las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral.[287]

Francisco Puy,[288] sobre las especies de validez —con cierto espíritu reduccionista— señala que sólo hay una noción de validez en la jurisprudencia actual. Y que esa noción es la de la validez llamada jurídica, pero que para evitar equívocos es mejor llamarla "validez lógico formal", por referencia a su inserción en el sistema normativo, muy especialmente al momento originario de su creación.[289] Con los elementos que según Alexy comprende el concepto de validez jurídica, y esta connotación que hace Francisco Puy a la validez jurídica, se puede percibir la relación tan estrecha que se da con la vigencia del derecho.

Vigencia del derecho. La vigencia —dirá el autor Peña Freire— va referida simplemente a la constatación de que la norma está contenida en un texto normativo no anulado y puede, por consiguiente, ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella.[290] Derecho vigente —para Francisco Puy— es el tópico por medio del cual los juristas sociólogos (realistas, conductistas), se alzan en jurisprudentes soberanos, atribuyéndose el poder de decidir qué

286. *Cfr. Ibid*., pp. 87-88 y p. 134.
287. *Op. cit*., p. 88.
288. Catedrático de la Universidad de Santiago de Compostela.
289. *Tópica jurídica / Tópica de expresiones*, p. 306.
290. *Ibid*, p. 97.

norma y, por extensión, qué posición jurídica se sostiene en pie o se cae por el suelo, según se inserte tácticamente, o al contrario sea rechazada por el sistema de roles sociales y conductas típicas generalizadas.[291]

Augusto Hortal observa al respecto, que un sistema jurídico está vigente en sentido meramente formal por su relativa completitud y coherencia interna. Pero la vigencia por sí sola no garantiza la vigencia social. Vigentes, en términos sociales, están aquellas normas que de estar formalmente vigentes se suelen cumplir, y que cuando no se cumplen se suelen sancionar, las sanciones previstas se suelen aplicar y aceptar. Derecho vigente socialmente es el que de hecho se aplica en una sociedad dada; no cumplirlo conlleva desaprobación y trae consecuencias negativas.[292]

La denominación *derecho vigente* —anota Geiger— es a menudo utilizada con el mismo significado de derecho positivo y se refiere a las reglas jurídicas actualmente existentes.[293] García Máynez es de la misma opinión, ya que derecho positivo es todo ordenamiento que se cumple, es decir, que está vigente, que rige efectivamente la vida de una comunidad en cierto momento de su historia.[294] Así entendido, el derecho que es vigente estará en oposición —de acuerdo con Geiger— **1**. a las disposiciones legales derogadas o desplazadas por la costumbre; **2**. a las reglas consuetudinarias que han caído en el olvido o que han sido desplazadas por disposiciones legales; **3**. a las disposiciones legales que han sido propuestas o sancionadas, pero que en el momento en cuestión aún no han entrado en vigor; y, **4**. a las disposiciones legales que han sido sancionadas con la pretensión de que sean obedecidas en la vida cotidiana, pero con respecto a las cuales se discute el que sean derecho positivo, porque formal o materialmente contradicen la Constitución.[295] Para Stammler, *vigencia* de un derecho es *la posibilidad de implantarlo*.[296] Vigencia que a su vez depende de: dilucidar críticamente el concepto del derecho como modalidad formal, expresión de la voluntad; que ha de presentarse un objeto concreto de la voluntad como materia determinada por el concepto de lo jurídico.[297]

291. *Ibid.*, p. 307.
292. Hortal, "La justicia entre la ética y el derecho", en J. L. Fernández, y A. Hortal (comps.), *Ética de las profesiones jurídicas*, pp. 27-28.
293. *Op. cit.*, p. 133.
294. *La Definición del Derecho*, p. 35.
295. *Idem*.
296. *Op. cit.*, p. 182.
297. *Ibid.*, p. 184.

Frente al consenso sobre el significado del término vigencia, es conveniente decir que no es derecho vigente un derecho que meramente debe ser, ni tampoco puede llamarse derecho vigente a todo lo que se hace en la vida social de una comunidad que, teniendo sentido jurídico, está en oposición con la legalidad. Como es el caso de que en México, antes de la reforma del artículo 130 constitucional, en 1992, la educación, formalmente, era de la competencia del Estado. Sin embargo, también muchas instituciones particulares se encargaban de ella. Por lo tanto, vigencia y legalidad deben estar siempre unidas, relacionadas, porque en la legalidad están definidas la obligatoriedad y la exigibilidad que han de tomarse en cuenta por los diversos órganos jurídicos. De ahí que la vigencia de una norma resulta de su inserción en un sistema de legalidad, y que al mismo tiempo cumpla con los requisitos de fondo y forma que exige el sistema de legalidad para la creación normativa. Por lo que, una vez así establecida, será exigible y obligatoria la conducta que regula. Además de justas y eficaces —puntualiza Antonio M. Peña Freire— las normas podrán ser vigentes pero inválidas, con lo que derecho vigente y derecho válido no coinciden. Para ser válida la norma jurídica necesita satisfacer las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado y que se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior.[298]

Decíamos al inicio de este punto en comento, que los dos términos, validez y vigencia, se *telescopian*, razón por la cual podemos decir que en la vigencia de las normas aparece con claridad la estructura de lo que es la validez jurídica, que consiste en la existencia del derecho como un deber ser pero referido a una norma primaria, que es fundamental —la Constitución— porque ella contiene y fundamenta el sistema de obligatoriedades y exigibilidades que han de ser tenidas en cuenta por los destinatarios. En este sentido, L. Ferrajoli sostiene que ni la validez ni la eficacia de una norma pueden ser deducidas de su vigencia, que comparada con el deber ser de la validez pertenece a la dimensión del ser, mientras que, comparada con el ser de la efectividad, pertenece a la dimensión del deber ser.[299]

Por otra parte, que está vigente un derecho como ordenamiento jurídico, como sistema de legalidad, no quiere decir —puntualiza Legaz y Lacam-

298. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, p. 98.
299. *Derecho y razón / Teoría del garantismo penal*, p. 359.

bra— que es válido jurídicamente porque, de hecho, hay un cierto comportamiento; ello señala solamente el hecho de que un sistema que ha nacido con la pretensión de obligar y cuyo cumplimiento es exigible existe realmente como forma de vida social, y es claro que no puede hablarse de existencia del derecho si no se da en la realidad de la vida social un mínimo coherente de comportamientos ajustados a sus normas. En este sentido es muy cierto que, si bien la validez del derecho no se confunde con la eficacia del mismo, un mínimo de eficacia es una condición necesaria para que pueda hablarse de un orden jurídicamente válido y, por tanto, vigente.[300]

Estado de derecho

Desde la antigüedad, el problema de la relación entre derecho y poder fue planteado con esta pregunta: ¿Es mejor el gobierno de los hombres o el gobierno de las leyes? Platón, al distinguir el buen gobierno del mal gobierno responde: los gobernantes deben ser los servidores de las leyes "en una ciudad donde la ley está sujeta y no tiene fuerzas, veo muy cercana su ruina; pero allí donde la ley reina sobre los gobernantes y donde los gobernantes se hacen a sí mismos esclavos de la ley, veo nacer allí la salvación y, con ella todos los bienes que los dioses otorgan a las ciudades".[301] Su discípulo, Aristóteles al referirse a la Constitución de Atenas señalaba: "El tribunal o consejo del Areópago era el custodio de las leyes y supervisaba la labor de los magistrados, a fin de que gobernaran de acuerdo y en conformidad con las leyes".[302] Y al iniciar en la *Política* el discurso sobre las diversas constituciones monárquicas, la pregunta anterior se la formula de esta manera: ¿es más conveniente ser gobernado por los mejores hombres o por las mejores leyes? A la cual responde: es preferible que gobierne la ley que uno cualquiera de los ciudadanos, y según este mismo principio, aun cuando sea mejor que gobiernen determinados hombres, ellos deben ser designados como custodios de las leyes y como subordinados a ellas".[303] La razón de esta afirmación, es porque la ley está libre de pasiones, las cuales pueden torcer el gobierno aun de los hombres mejores; en cambio, las leyes son sabiduría sin deseo.[304]

300. *Op. cit.*, p. 425.
301. *Las Leyes*, 715b, Obras completas, trad. Francisco de P. Samaranch *et al.*, Aguilar, Madrid, 1979.
302. *Constitución de Atenas*, c. 3, *Obras*, p. 1577.
303. *Política*, 1287ª.
304. *Idem.*

Aristóteles dejó escrito: "Son las leyes bien establecidas las que deben tener la soberanía y los magistrados, ya sean uno o varios, deben tenerla sólo acerca de los puntos que las leyes no pueden tratar exactamente. Las leyes lo mismo que los regímenes, tienen que ser necesariamente buenas o malas, justas o injustas. Pero, al menos, una cosa es evidente: que las leyes deben establecerse en armonía con el régimen".[305] Hart, añadiría más tarde a lo dicho por Aristóteles, que, "la naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia".[306]

En consonancia con el pensamiento clásico griego, la subordinación del príncipe a la ley fue una idea permanente en la doctrina política medieval: "El rey no debe estar subordinado a ningún hombre, sino a Dios y a la ley, ya que es la ley la que hace al rey". En la tradición jurídica inglesa —señala Bobbio—, el principio de la subordinación del rey a la ley conduce a la doctrina de la *rule of law*, o gobierno de las leyes, que es el fundamento del Estado de derecho entendido, en su acepción más restringida, como el Estado cuyos poderes son ejercidos en el ámbito de las leyes preestablecidas.[307]

Para Santo Tomás —el gran comentarista de Aristóteles— el *regimen politicum* (régimen político) se distingue del *regimen regale* (régimen real) por el hecho de que mientras el último está caracterizado por la *plenaria potestas* (potestad plena) del gobernante, el primero tiene lugar cuando quien está a la cabeza del Estado tiene limitado su poder con base en algunas leyes de la ciudad.[308] Será la modernidad la que adecuará este principio del gobierno de las leyes al paradigma de la modernidad. Locke será el representante de esta tendencia; y escribe: "Sea cualquiera la forma de gobierno por la que se rija la comunidad política, el poder soberano debe gobernar por medio de leyes promulgadas o aceptadas y no por decretos improvisados o por decisiones imprevisibles".[309]

En párrafos anteriores señalamos que Estado y derecho se exigen mutuamente para realizar debidamente cada uno su papel en la sociedad; por lo que sin tal exigencia, las consecuencias serían catastróficas. Pero a pesar

305. *Op. cit*., L. III, 6, 1282b.
306. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 237.
307. *El futuro de la democracia*, p. 172.
308. *In octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, I, 13, citado por Norberto Bobbio en, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 132.
309. *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 130.

de esta correlación fáctica, no todo Estado merece ser reconocido con el calificativo de Estado de derecho. Un Estado con derecho (casi todos son así) no es, sin más, un Estado de derecho. Éste implica —sostiene Elías Díaz— sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, que deben ser creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto, pues, para valores y derechos fundamentales acordes con tal organización institucional.[310] El Estado democrático de derecho, en cuanto idea regulativa, significa —en palabras de Atienza— el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder. El derecho es precisamente uno de los instrumentos de racionalización del poder. Esa idea exige que las decisiones de los órganos públicos, no se justifican simplemente en razón de la autoridad que las dicta; sino que además, el órgano en cuestión aporte razones intersubjetivamente válidas, a la luz de los criterios generales de la racionalidad práctica y de los criterios positivizados en el ordenamiento jurídico.[311]

A lo anterior, H. Küng añade un elemento importantísimo —el ingrediente ético— para poder calificar a un Estado como Estado de derecho: Ciertamente —escribe—, todos los Estados del mundo tienen un ordenamiento jurídico y económico, pero éste no funcionaría en ninguno de no ser por el *talante ético* de sus ciudadanos, sobre el que se articula todo Estado democrático de derecho.[312]

H. Kelsen, en su tiempo, ya había insistido en el sometimiento del Estado al derecho cuando escribe: "Por de pronto debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable".[313] Sin embargo, que Estado y derecho aparezcan indisociablemente unidos no permite afirmar —como hace este autor—, que "si se reconoce en el Estado un orden jurídico todo Estado es un Estado de Derecho".[314] La afirmación kelseniana —observa Catalá i Bas— permite calificar como Estados de derecho los regímenes autoritarios a partir de una identificación entre Estado legal y Estado de derecho y es que "no todo Estado *con* derecho es Estado *de* derecho". Un ordenamiento jurídi-

310. "Razón de Estado y razones del Estado", en Rev. ISEGORÍA, p. 139.
311. Atienza, *Cuestiones judiciales*, p. 55.
312. *Proyecto de una ética mundial*, p. 53.
313. *La teoría pura del derecho*, p. 168.
314. *Idem*.

co es condición necesaria pero no suficiente para poder hablar de Estado de derecho pues "la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad no autoriza a hablar sin más de un Estado de derecho". La pluridimensionalidad del Estado de derecho no supone renunciar a unos valores o principios que no son otros que los que sustentan nuestra sociedad actual: libertad, igualdad, seguridad.[315]

Es cierto que los refranes populares —como dicen algunos— son Evangelios chiquitos por la verdad que contienen. Para el caso, uno de ellos reza así: "Dime de qué presumes y yo te diré de qué careces". Esto lo menciono porque alardeamos mucho (los mexicanos) de que vivimos en un Estado de derecho, cuando por otro lado algunos hechos ponen en duda tal afirmación. La experiencia, pues, nos muestra, y es testigo, que el Estado (y en él, algunas instituciones, algunos funcionarios, etc.) puede actuar y actúa muchas veces de manera arbitraria, incluso violando la propia legalidad por él creada. Por ello —afirma Eusebio Fernández— son necesarias normas jurídicas que protejan nuestra libertad frente a las posibles violaciones del poder político, cuando éste va más allá de los límites legales de su competencia; por ello son necesarias también instituciones políticas y judiciales que controlen su actuación.[316] Razón, por demás suficiente, para afirmar que el Estado debe ser un Estado de derecho, en el que se acepte la subordinación del poder político a normas jurídicas de carácter general y públicas, que nos permitan conocer las competencias, marco y límites de su actuación. De esta manera, la existencia del Estado de derecho será siempre una garantía para la autonomía personal, al mismo tiempo que dará confianza y seguridad al ciudadano en el ejercicio de sus libertades. Esta afirmación, la precisa Kaufmann al escribir que el gran logro de la época del Estado de derecho liberal desde los días de Paul Johann Anselm V. Feuerbach, es la idea de que la función de la ley no se encuentra tan sólo en la fundamentación, sino, por sobre todo, en la limitación del poder del Estado, en especial del poder de castigar, en la garantía para los ciudadanos de ser llamados a responder sólo dentro de las fronteras de la ley.[317] Rousseau en su momento ya pensaba en este asunto tan importante y trascendente, cuando al tratar de explicar qué entendía por República, escribió: "entiendo por República todo Estado regido por leyes,

315. *Op. cit.*, p. 32.
316. Fernández, *Estudios de ética jurídica*, p. 85.
317. Kaufmann, *Filosofía del derecho*, pp. 239-240.

cualquiera que sea la forma en que se administre, pues sólo así el interés público gobierna y la cosa pública tiene alguna significación".[318]

Ese binomio que no se debe escindir, poder y derecho, a través de complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan e institucionalizan, se ha convertido en lo que desde las últimas décadas ha llegado a denominarse Estado (poder) de derecho, como algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales. Esta vinculación es tan esencial que hoy día es no sólo difícil, sino casi imposible de imaginar un Estado sin derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad; y esto, aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre alguna, mayor o menor efectiva y, en todo caso, negativa presencia.

El Estado de derecho es, así, un resultado histórico, una conquista lenta y gradual, hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades, y que al mismo tiempo exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad.

Según Víctor Moreno Catena, la realización del Estado democrático de derecho exige que los poderes públicos, que disponen del uso legítimo de la fuerza, deban mantenerse dentro de los límites de la ley, de modo que cuando su actuación entra en conflicto con el ciudadano, ha de articularse un mecanismo de protección de sus derechos frente a los excesos del poder, mediante la intervención de un órgano independiente para componer la continua relación conflictiva, entre el ciudadano que quiere defender su libertad y la autoridad cuando pretenda menoscabarla.[319] De ahí, el papel tan relevante que acompaña a las Constituciones políticas de los Estados, razón por la cual sostiene Habermas que cuando las constituciones reconocen a los derechos humanos el estatuto de inalienables e inviolables no están sancionando un determinado "orden axiológico material". Están simplemente siendo congruentes con los presupuestos procedimentales del Estado de derecho.[320] Por esto mismo podemos decir que el Estado de derecho debe ser un Estado constitucional.

318. Rousseau, *El contrato social*, p. 84.
319. Moreno, *Libertad, seguridad y derecho*, en AA.VV., p. 45.
320. A. J. A. García, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, p. 92.

Uno de los fines del derecho —según Le Fur y J. T. Delos— es la seguridad.[321] Fin, que a su vez —según Gregorio Peces-Barba— se ocupa de limitar al poder, de producir certeza en sus decisiones, de saber cuánto puede mandar, qué niveles de fuerza puede imponer, quiénes pueden imponer esa fuerza, con qué límites, así como saber quién puede ejercer el poder, durante cuánto tiempo, etc. Todas esas dimensiones son propias del Estado de derecho.[322]

Elías Díaz plantea esta cuestión en términos de *razón* de Estado y *razones* del Estado. La primera figura se caracteriza por querer autojustificar el poder político pretendiendo operar con independencia y por encima de las leyes y/o de la ética, haciendo caso omiso los gobiernos y los gobernantes de las normas morales y/o de las normas jurídicas que, sin embargo, imponen y exigen a sus subordinados. Frente al *modus essendi* y *operandi* de esta especie de Estado, lo que los críticos de la misma demandan —señala este autor— es que las instituciones políticas y sus directores y gestores actúen siempre conforme a derecho, sujetándose como todos los demás ciudadanos al ordenamiento jurídico, y también descartando que la superior condición de aquéllos les autorice para actuar en política violando los preceptos éticos.[323]

De esta manera, podemos entender *in lato sensu*, por Estado de derecho, un Estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (las leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder.[324] En esta línea Kaufmann escribe —y estamos de acuerdo con él— que "En un Estado autoritario el individuo no posee ningún derecho subjetivo; no puede en especial, elevar una demanda contra el Estado. En el Estado de derecho, por el contrario existe una cláusula general de jurisdicción administrativa: si alguien es lesionado en sus derechos por parte del poder público, entonces permanece abierta ante él la vía judicial".[325]

Por consiguiente, sólo puede hablarse de un Estado de derecho, en la medida en que se ha logrado estructurar un sistema de justicia, capaz de garantizar la sumisión del propio Estado; o, lo que es lo mismo, cuando el Estado es capaz de hacerse justicia a sí mismo. De esta manera, el Estado

321. AA.VV, *Los fines del derecho*, pp. 18 y 35.
322. AA.VV, *Libertad, seguridad y derecho*, p. 19.
323. "Razón de Estado y razones del Estado", en *Isegoría,* p. 133.
324. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, p. 18.
325. *Op. cit*., p. 214.

de derecho puede entenderse —según Alfonso Nava Negrete— como "la edificación jurídica del Estado, cuyos órganos que lo integran realizan funciones normadas por el derecho, limitadas por la ley y controladas entre sí por un sistema de legalidad y de justicia".[326] Esto, es muy importante tenerlo en cuenta, pues como bien observa Luis Escobar de la Serna "el poder es siempre peligroso puesto que aquéllos que lo ejercen están siempre predispuestos a abusar del mismo. Por ello es conveniente limitar el poder lo más estrechamente posible".[327] Algo hay de razón en esto, ya que algunos políticos han hablado del poder en forma no muy grata. Así, Lord Acton, barón inglés, en 1887, dejó escrito: "El poder tiende a corromper; el poder absoluto corrompe absolutamente". Un siglo antes, William Pitt, había observado algo similar: "El poder ilimitado, es proclive a corromper las mentes de quienes lo poseen".

Entre los miembros de la Convención Constitucional Americana de 1787, uno de los delegados más jóvenes, Alexander Hamilton, coincidió en la idea: "Los hombres aman el poder". Y otro de los delegados más experimentados e influyentes, George Mason, puntualizó: "Dada la naturaleza del hombre, podemos estar seguros de que aquéllos que tienen el poder en sus manos, siempre, en cuanto puedan lo acrecentarán". Después de citar las opiniones de estos hombres, sobre este fenómeno, que por desgracia es real, Dahl escribe: Si la historia humana nos proporciona alguna lección, una de ellas es seguramente que los guardianes de un Estado tenderán a convertirse en déspotas valiéndose de la corrupción, el nepotismo, la promoción del interés individual o de grupo, y mediante el abuso de su monopolio sobre el poder coercitivo del Estado para eliminar la crítica, extraer riqueza de sus súbditos y asegurar la obediencia mediante la coerción.[328] Esto no tendría lugar, si quien es representante del Estado, y, por lo mismo, es quien detenta el poder, realmente se concibiera a sí mismo como servidor del pueblo, y entendiera que el poder que se la ha delegado es el medio idóneo para lograrlo. Y, que, además, comprendiera, por supuesto, lo que magistralmente señala H. Heller: El gobernante tiene poder *en el* Estado pero nunca posee el poder *del* Estado.[329]

Habermas ve como posible la instrumentalización del derecho por parte del poder político, situación que es ajena al Estado de derecho. Por ello

326. Nava, *Derecho procesal administrativo*, p. 31.
327. *Derecho de la información*, p. 53.
328. Dahl, *La democracia*, p. 86.
329. Heller, *Teoría del Estado*, p. 258.

escribe: "La constitución recíproca de derecho y poder político funda entre ambos momentos una conexión que abre y perpetúa la posibilidad latente de una instrumentalización del derecho al servicio de un empleo estratégico del poder. La idea de Estado de derecho exige, en movimiento contrario a ése, una organización del poder público que fuerce a su vez a la dominación política articulada en forma de derecho a legitimarse recurriendo al derecho legítimamente establecido. Ciertamente, el código que es el derecho y el código que es el poder han de hacerse continuamente aportaciones el uno al otro para poder cumplir cada uno sus propias funciones".[330] Esto mismo lo expresa con otras palabras: "el derecho positivo legitima a un poder político que, sin embargo, puede modificar ese derecho e incluso valerse de sus propios mecanismos de positividad para engendrar normas ilegítimas, sin validez racional. Situación paradójica, para la cual señala que no hay otra salida más, que afirmar que, mientras se quiera mantener la racionalidad y legitimidad del derecho, éste no puede ver antepuesta ninguna finalidad a la de ser instrumento de la justicia".[331]

De esa propensión del Estado a torcer el derecho en beneficio propio, Catalá i Bas percibe que el mayor peligro para la pervivencia del Estado de derecho, proviene, sin duda, de los posibles abusos que del poder puedan hacer los gobernantes.[332] La gran paradoja resulta de la necesidad de conjugar un Estado respetuoso de los derechos y libertades de los ciudadanos con un Estado, como el actual, de un acusado carácter intervensionista (Afganistán e Irak). El profesor Tomás y Valiente señalaba que "para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado".[333] Existe por lo tanto, una clara y profunda complementación entre Estado de derecho y derechos humanos: no puede darse el uno sin los otros. Por esta razón —señala el mismo Catalá i Bas—, los derechos fundamentales necesitan del Estado para adquirir carta de naturaleza, en otras palabras, para convertirse en derecho positivo. Estos, por su parte, rellenan de contenido ético, al Estado de derecho.[334]

Es muy común pensar que la figura Estado de derecho es sólo un concepto político, y parece que no —indica Villoro Toranzo—, sino que también

330. Habermas, *Facticidad y validez*, p. 237.
331. García, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, pp. 96-97.
332. *Op. cit*., p. 31.
333. F. Tomás y Valiente, "Los derechos y el Estado", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 169.
334. *Idem*.

es un concepto cultural. Significa la defensa de la libertad contra el orden, de la vida contra la razón fría, de la casualidad contra la regla, de la plenitud contra el esquematismo, o dicho en dos palabras: la defensa de aquello que es un valor y un fin, frente aquello que no es más que un medio, que vale sólo en cuanto sirve, a aquél.[335]

La política, el derecho y la ética

Derivado del adjetivo de *polis* tenemos las palabras *politikós* (el político), *politiké* (la política) y *politikóv* (lo polítco), que se refieren a todo lo relativo a la ciudad, al ciudadano, a lo civil, a lo público, y por lo tanto, a lo sociable y a lo social. El término *política* nos ha llegado por influjo de la gran obra de Aristóteles, titulada *Política*, que se debe considerar —según N. Bobbio— como el primer tratado (aunque su maestro, Platón, ya había escrito un diálogo, el *Político*) sobre la naturaleza, funciones y partes de la Ciudad-Estado, y sobre las diferentes formas de gobierno, principalmente con el sentido de arte o ciencia del gobierno.[336]

En un principio, los griegos entendieron que la *polís* tenía como fundamento ontológico la naturaleza humana, y por ello tuvieron de la política un sentido eminentemente moral. De ahí que, las normas relativas al arte del Estado y del gobierno tuvieran para ellos carácter estrictamente moral; de tal manera, que la finalidad del arte político según Aristóteles, consistía en hacer felices a los súbditos, a los ciudadanos;[337] pero en su ideología, tal felicidad consistía en la práctica de la virtud.[338] Y la más alta de las virtudes era la justicia, por lo cual, el sentido del Estado radicaba en ser la realización y encarnación de esa misma virtud. De ahí, que Platón concibiera al Estado como un individuo grande: un MACROANTHROPOS, en el que podía ver con más facilidad a la justicia porque estaba escrita con caracteres más grandes.[339]

Durante siglos, el término *política* se ha utilizado principalmente para hacer referencia a las obras dedicadas al estudio de aquella esfera de la actividad humana que, de alguna forma, se refiere a las cosas del Estado. Poste-

335. *Introducción al estudio del Derecho*, p. 278.
336. Bobbio, *Teoría general de la política*, p. 175.
337. Aristóteles, *Ética nicomaquea*, L. I, c.4, 1095ª.
338. *Ibid.*, 1096ª.
339. "La República, o de la justicia", 367d.

riormente, se empleó normalmente para referirse a la actividad o conjunto de actividades, que de alguna forma, tienen como punto de referencia a la "*polis*", es decir, al Estado; teniendo en cuenta que la meta por la que la política se legitima —dirá Adela Cortina— es el bien de la comunidad.[340] En esta misma línea se pronuncia Brieskorn, que entiende la política, y estamos de acuerdo con él, como la acción que cuida de los asuntos públicos de la sociedad (entre ellos está el ejercicio de los derechos y deberes del ciudadano), cuya multiplicidad coordina y orienta hacia el bien común;[341] este último sólo se puede alcanzar con todos los hombres y en favor de todos. La política implica siempre una disposición sobre las personas; siempre es una práctica y una *poiesis* (una acción, una creación), en el sentido aristotélico. Sus instrumentos son la negociación, la búsqueda de compromisos, el pacto y la votación.

Pasado el tiempo, cambió esta forma de ver y entender a la política, de tal manera que, se le vinculó de manera muy estrecha con el poder; razón por la cual, fue concebida como lucha, oposición o disyunción. Opinión que se desprende de las obras de Maquiavelo. En la época contemporánea la política es entendida por Hermann Heller como la actividad que crea, desenvuelve y ejerce poder.[342] Ejercicio del poder, sí, pero con una finalidad específica, encaminada a la cohesión de un grupo, mediante el derecho. N. Bobbio, observa que, generalmente el término "política" se emplea para designar la esfera de acciones que se refieren directa o indirectamente a la conquista y ejercicio del poder último (supremo o soberano) sobre una comunidad de individuos en un territorio.[343] Max Weber, en cambio, señala que por política habremos de entender únicamente la dirección o la influencia sobre la trayectoria de una entidad política, esto es, en nuestros tiempos: el Estado.[344] Al que entiende de acuerdo con su mentalidad e ideología como la comunidad dentro de los límites de un territorio establecido —ya que éste es un elemento que lo distingue—, la cual reclama para ella el monopolio de la legítima violencia física.[345] R. Nozick apoya esto último, pues señala que una condición para que la asociación de protección dominante se convierta en Estado

340. "Presentación", A. Cortina, (directora), *10 palabras clave en Filosofía política*, p. 16.
341. Brieskorn, *Filosofía del derecho*, p. 198.
342. *Teoría del Estado*, p. 222.
343. *Op. cit.*, p. 237.
344. *El político y el científico*, p. 7.
345. *Ibid.*, p. 8.

es que posee el tipo requerido de monopolio del uso de la fuerza en el territorio.[346] Esto nos remite a lo que en los tiempos modernos se conoce como poder político, que tiene su basamento en la posesión de los instrumentos a través de los cuales se ejercita la fuerza física; más aún, es el que tendrá el uso exclusivo de la fuerza. En este sentido —señala Bobbio—, el poder político es en toda sociedad de desiguales el poder supremo, es decir, el poder al que todos los demás (poder económico, poder ideológico) aparecen, de alguna forma, subordinados.[347]

Es cierto que la relación entre política y poder es muy estrecha, pero es conveniente tener presente que el poder es ejercido por la autoridad; al mismo tiempo es necesario no confundirlos, ya que son dos cosas distintas. Por ello, sostenemos con Maritain que *poder* es la fuerza por medio de la cual se puede obligar a obedecer a otros. *Autoridad*, en cambio, es el derecho a dirigir y mandar, a ser escuchado y obedecido por los demás. La autoridad pide poder, pero el poder sin autoridad es tiranía. Puesto que la autoridad significa *derecho;* ha de ser obedecida por razón de conciencia, es decir, de la manera en que obedecen los hombres libres, y por la salud del bien común.[348] Por la misma causa, diremos, no existe la autoridad allí donde no hay justicia. La autoridad injusta no es autoridad, como la ley injusta no es ley.

Preciado Hernández, corrobora lo anterior al decir que toda autoridad en la vida social, demanda completarse de un poder, sin el cual ella arriesga ser vana e ineficaz entre los hombres. Todo poder que no es la expresión de una autoridad es inicuo. Prácticamente, es normal que la autoridad implique el poder y que el poder implique la autoridad.[349] De esta correlación resulta que, en tanto poder, la autoridad puede descender hasta el orden físico y natural; en tanto que autoridad, el poder puede elevarse al orden moral y jurídico. Por lo tanto, separar el poder y la autoridad es lo mismo que separar la fuerza y la justicia. Lo que debe importar ante todo es la autoridad, es decir, el derecho de ser seguido y obedecido por los espíritus y las voluntades, y luego, el derecho de ejercer el poder.

346. R. Nozick, *Anarquía, Estado y utopía*, p. 117.
347. Bobbio, *Teoría general de la política*, p. 179.
348. Maritain, *El hombre y el Estado*, pp. 148-149.
349. Preciado, *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, p. 208.

El fin de la política

Toda acción por lo general es motivada por algo o encaminada hacia algo. Y si por política entendemos una actividad realizada por el hombre, luego debe haber una razón o muchas para realizarla. En toda actividad hay algo común —y en ésta (la política) de manera particular—, que es la exigencia fundamental de, que debe existir una correspondencia real y clara entre el fin que se pretende alcanzar y los medios utilizados para ello. El fin es determinante, pues es el que califica formalmente las acciones previas a la consecución del mismo. Pero en este caso, no se trata de un individuo físico quien realiza la acción, sino de una entidad, que es la política, pero dependiendo de aquéllos que la crean y le dan vida: los políticos; por lo cual no puede decirse que existan fines de la política de una vez y para siempre, y mucho menos un fin que incluya a todos los posibles y que pueda ser considerado como el fin de la política. Esta situación fortalece la percepción de Aranguren al respecto: suponer que no hay lucha, drama, tensión entre la moral y la política, o minimizar éstos, como acontece en la concepción clásica de la ética política, para la que toda experiencia moral es perfectamente hacedera, porque no hay problema, es no querer enfrentarse con la realidad.[350]

En relación con lo anterior, parecería que la opinión común sostuviera lo contrario: que el fin de la política fuera uno, primario y prioritario, y de éste se derivaran otros que tuvieran el carácter de secundarios. Para N. Bobbio no es así, pues sostiene que los fines de la política son tantos como metas un grupo organizado se propone, según el tiempo y las circunstancias.[351] Sin embargo, esto no le impide que pueda hablar de, cuando menos, un fin mínimo de la política: el orden público en las relaciones internas y la defensa de la integridad nacional en las relaciones de un Estado con los demás.[352] Este fin es mínimo porque es la *conditio sine qua non* para la obtención de los demás fines: la paz, la tranquilidad, la seguridad, la justicia, el bien común, el ejercicio y práctica de los derechos humanos. Con esto se descarta que el fin de la política sea el ejercicio del poder por el poder mismo; que no sería otra cosa que la forma degenerada del ejercicio de cualquier poder. Lo que daría como resultado que la política no serviría para nada. Sin embargo, el

350. Aranguren, *Ética y política*, p. 79.
351. *Ibid.*, p. 183.
352. *Ibid.*, p. 184.

ser del poder puede sublimarse si sostenemos con Marciano Vidal que la política tiene por objeto la convivencia social en su más alto nivel porque la realidad política está constituida por la estructura y el funcionamiento del poder.[353] En este sentido, Gregorio Peces-Barba al referirse a la modernidad y concebirla como un objetivo de humanización, señala que son necesarias tres liberaciones para lograrlo: intelectual, económica y política. Esta última supone la lucha por el fin de la autocracia. Pretende establecer una organización racional del poder político y de la sociedad política, que convierte al hombre en sujeto autónomo de derecho, que participe en la toma de decisiones políticas, y que aparezca como objetivo y fin último de la actividad política para hacer posible el pleno desarrollo de su dignidad como persona, es decir, como ser que elige, ser racional, ser comunicativo y ser moral.[354]

Contrario a esta idea, Maquiavelo (1469-1527) tiene como punto de partida en su pensamiento político una consideración negativa sobre el hombre, no porque su naturaleza en sí considerada sea mala, sino porque en la práctica tiende a actuar con fingimiento, volubilidad y codicia,[355] lo cual le lleva al mismo tiempo a distinguir entre moral natural y moral evangélica, quedándose con la primera y pretendiendo, al mismo tiempo, deducir normas para la política de la consideración de la naturaleza humana, “tal como es y no tal como debe ser”. Su política se nos muestra —escribe Touchard— como una sutil dosificación de brutalidad y disimulo, según las circunstancias y la naturaleza de las cuestiones particulares, dándose por supuesto que lo que se considera es el resultado, el fin que se persigue.[356] En el capítulo XVIII de *El príncipe*, Maquiavelo expone claramente su pensamiento allí donde afirma que para juzgar sobre la bondad o maldad de una acción es preciso mirar al fin (en otras palabras, el resultado de la acción). Y formula la siguiente máxima: “El príncipe no ha de hacer más que vivir y sostenerse en su Estado; los medios que emplee para conseguirlo siempre parecerán honrados y laudables porque el vulgo juzga siempre por las apariencias y sólo se atiene a los resultados”.[357]

Como puede verse —apunta Leo Strauss—, a Maquiavelo no le interesa cómo viven los hombres, antes bien, su intención es enseñar a los príncipes

353. Vidal, *Moral de actitudes III: Moral social*, p. 482.
354. *Ética, poder y derecho*, pp. 30-31.
355. Maquiavelo, *El príncipe*, p. 124.
356. Touchard, *Historia de las ideas políticas*, p. 203.
357. *Op. cit.*, p. 120.

cómo deben gobernar y hasta cómo deben vivir: es mejor ser temido que amado. Por lo tanto, la justicia no es precisamente como había dicho San Agustín, el *fundamentum regnorum*; el fundamento de la justicia es la injusticia, el fundamento de la moral es la inmoralidad; el fundamento de la legitimidad es la ilegitimidad; el fundamento de la libertad es la tiranía.[358]

La política para Maquiavelo será un fin en sí misma, el hombre la tendrá como vocación, ella será su moral a la que debe seguir y vivir. Resultado de lo cual, la política será autónoma y por lo tanto independiente de la moral. Tanto en la práctica política como en la teoría política el maquiavelismo será considerado como la formulación de tesis nuevas. Por primera vez —observa Valverde— quedaba teóricamente justificada una adecuada separación entre política, por un lado, y religión y moral, por otro. De un salto, la política quedaba liberada de referencias religiosas y morales, y constituida en un arte práctico y eficaz para dominar a los pueblos, mantener los Estados y engrandecerlos. Una técnica de éxito a toda costa.[359]

Bobbio se rehúsa a señalar como fin de la política el bien común, por detectar una gran dificultad en discernir lo que comprende y quiere decirse con tal concepto. Más bien lo ve como efecto del orden público, ya señalado. Al respecto, otra es la opinión de Aristóteles, y estamos de acuerdo con él: el fin que le es propio a la política abraza los de todas las otras ciencias, al punto de ser por excelencia el bien humano. Y por más que este bien sea el mismo para el individuo y para la ciudad, es con mucho, cosa mayor y más perfecta la gestión y salvaguarda del bien de la ciudad. Es cosa amable hacer el bien a uno solo; pero más bella y más divina es hacerlo al pueblo y a la ciudad.[360]

Tomás de Aquino traducirá esta idea aristotélica diciendo que, "el bien común es el fin de las personas singulares que existen en comunidad, como el fin del todo es el fin de cualquiera de sus partes. Sin embargo, el bien de una persona singular no es fin de otra".[361] Por consiguiente —dirá Carlos Cardona—, el fin de la comunidad política es el fin del hombre en la medida en que el hombre es parte de esa comunidad.[362] En otro lugar teniendo en mente el pensamiento griego dirá el Aquinate que "el fin de la política es la felicidad de los hombres, que consiste en obrar virtuosamente. Y ésa debe ser la mi-

358. Strauss, *Historia de la filosofía política*, pp. 289 y 291.
359. *Op. cit*., p. 83.
360. *Ética nicomaquea*, II, 8.
361. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*. 2-2 q. 58 a. 9 ad 3.
362. *Metafísica del bien común*, p. 79.

sión de la política: poner los medios de que *legítimamente* dispone para que los ciudadanos sean buenos, y obren el bien, que obren virtuosamente".[363]

Siglos más tarde, Suárez (1548-1612) escribirá: el Estado no absorbe toda la vida y todos los intereses de los ciudadanos. Aunque forma una unidad, sin embargo, no es como un todo biológico que abarca la totalidad de funciones de las partes. El Estado está orientado exclusivamente al bien temporal; la finalidad del Estado es el bien común, al cual lo define como la "verdadera felicidad política".[364] En los últimos tiempos, el Concilio Vaticano II sostendrá que "la comunidad política nace para buscar el bien común, en el que se encuentra su justificación plena y su sentido del que deriva su legitimidad primigenia y propia".[365]

Para lograr ese fin —como en otros muchos casos y otras actividades— también la política no puede ser autárquica (autosuficiente), necesita de otras ciencias: la antropología social, la filosofía social, la economía, la filosofía política, por ejemplo, de entre todas ellas, en este momento, como un apoyo inmediato-próximo, me refiero al derecho.

La política y el derecho

Han existido y existen muchos intentos por definir al derecho —como lo expusimos en el capítulo anterior—, todos ellos, por supuesto, de índole descriptiva, dado que es imposible hacerlo por género próximo y diferencia específica, es decir, dar de él una definición esencial. Por lo tanto, si por derecho entendemos el orden normativo que impone un determinado comportamiento o que regula la conducta de un grupo organizado de hombres, la política tiene que ver con él —sostiene Bobbio— desde dos puntos de vista: en cuanto la acción política se lleva a efecto a través del derecho, y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política.[366]

Bajo el primer aspecto, el orden jurídico es producto del poder político. Donde no hay poder capaz de hacer valer las normas creadas por él, con el fin de lograr el bien común a través del orden, recurriendo incluso, como último recurso, a la fuerza, no hay derecho. Se entiende que el derecho del que estamos hablando es el derecho positivo, el cual, si es producto del poder, la

363. *In Ethic*, I, 14, n. 174.

364. Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, citado por Marciano Vidal, *op. cit.*, p. 508.

365. *Gaudium et spes*, n. 74.

366. *Op. cit.*, p. 254.

relación entre el poder político y el derecho es clara y simple, pues la existencia de éste depende de la existencia de un poder político definido. Poder, del cual al mismo tiempo, tanto su definición como su existencia dependerán no sólo de su conformación con el ordenamiento jurídico existente, sino que además, tendrá que ser acorde con las aspiraciones, exigencias y valores de la sociedad, factores, todos ellos que lo dotarán también de legitimidad. En este sentido podemos decir que el derecho debe estar al servicio de la política, pues tiene que ayudar a que las instituciones puedan desempeñar el cometido que la sociedad les ha confiado.

Para Brieskorn, el derecho ni completa ni suple lo que falta a la política. El carácter sobrio y funcional de la vida estatal no experimenta corrección ni ajuste alguno por parte del derecho. El ordenamiento jurídico comparte la falta de brillantez y vistosidad, así como, a menudo, la lentitud de los procedimientos decisorios de la democracia.[367] De esto, se desprende al mismo tiempo, que, si una característica del servicio es la entrega, la vinculación de derecho y política no tiene por qué fortalecer necesariamente al derecho, sino que puede también debilitarlo, pues la debilidad y fortaleza del derecho dependen en gran medida de la política jurídica. Sin embargo, compartimos con González Uribe, la idea firme, cuando escribe que

> Política y Derecho representan un papel de importancia definitiva en toda comunidad humana organizada: la acción espontánea y enérgica del poder político configura la comunidad y la conduce al cumplimiento de sus fines; el Derecho, por su parte, señala los cauces estrictos por los cuales debe correr esa actividad y da origen a un orden estable y firme de la convivencia social.[368]

En lo que corresponde al otro aspecto de la relación enunciada: el derecho delimita y disciplina la acción política; aquí la relación anterior se invierte: ya no es el poder político el que produce el derecho, sino el derecho el que justifica el poder político. Esto podemos traducirlo en la siguiente pregunta: ¿hay alguna diferencia entre poder de derecho y poder de hecho? Para el caso podemos aplicar un principio general de filosofía moral —indica Bobbio—, según el cual mientras toda mala conducta debe ser justificada, no ocurre lo mismo con la buena. Por ejemplo, no tiene ninguna necesidad de justificar su conducta quien desafía a la muerte para salvar a un hombre

367. *Op. cit.*, p. 199.
368. González, *Teoría política*, p. 205.

en peligro; pero en cambio, la necesita quien lo deja morir. Sólo la referencia a un principio de legitimación hace del poder de imponer obligaciones un derecho, y de la obediencia de la imposición por parte de los destinatarios un deber, transformando una relación de mera fuerza en un vínculo jurídico.[369] Al respecto Rousseau dejó escrito: "El más fuerte no lo es siempre demasiado para ser constantemente amo o señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber".[370]

Desde Platón y Aristóteles esto era muy claro —como quedó asentado en el apartado anterior— cuando los dos, al tratar del gobierno de la ciudad, se pronunciaban a favor de la preeminencia del gobierno de las leyes y no del de los hombres. La legalidad es importante, nadie lo niega, pero no suficiente, porque si la tomamos en forma aislada y exclusiva, viviríamos en la mera formalidad. Por esta razón es necesario acompañarla con una nota más —que es fundamental— puesto que un poder estrictamente apegado al procedimiento legal no es suficiente, porque no tiene contenido, por lo que habrá que agregar que si tal poder no es acorde con los principios, valores, ideales y aspiraciones de la comunidad, a la cual rige, y por la cual existe, será legal pero no legítimo.

Por lo tanto, la política debe estar al servicio del derecho. Y teniendo en cuenta el primer aspecto de esta interrelación, podemos decir que en la medida en que el derecho entra al servicio de la política, en esa misma medida tiene también la acción comunitaria que esforzarse por la protección de la vida, la creación estabilizada de espacios de libertad y la orientación de la comunidad mediante el ordenamiento jurídico. En estos términos, la política —apunta Brieskorn— tiene también que procurar la paz, dar vida a los derechos humanos en el derecho y apartar los focos de agitación y violencia que dominan el ordenamiento jurídico y su funcionamiento.[371] Esta es la tarea que Habermas le asigna a la política: el establecimiento y garantía de relaciones de convivencia que sean en interés de todos por igual.[372]

La fijación de la política en el derecho puede asegurar y fortalecer la vida política aunque puede también ponerle trabas y quitarle movilidad. Si el ordenamiento jurídico exige, por ejemplo, unos órganos estatales como un deber de protección tanto frente al ciudadano particular como frente al

369. *Ibid.*, 256.
370. Rousseau, *El contrato social*., p. 44.
371. *Op. cit.*, p. 199.
372. Habermas, *Facticidad y validez*, p. 418.

conjunto de los ciudadanos, son también los órganos estatales los que han de encontrar el equilibrio en la propia responsabilidad. De lo anterior podemos deducir que política y derecho guardan entre sí una estrecha relación; cada uno constituye una forma de vida social y cada uno a su modo pretende ser la realización de un punto de vista sobre la justicia. Y para que haya congruencia entre el fin que se pretende alcanzar y los medios necesarios para ello, es necesaria la presencia de lo que se conoce como *prudencia política,* que para entenderla es preciso primero, saber qué es la prudencia en cuanto virtud moral, la cual se traduce como: *recta ratio agibilium*, "la recta razón en el obrar". Es decir, la virtud que ajusta y amolda la ley moral universal a todos los casos que puedan presentarse en la vida concreta. En otras palabras, la prudencia aplica los principios normativos universales a los casos singulares que son objeto de la actividad humana. Además, hay que tener en cuenta que a la prudencia no le corresponde fijar el fin, sino los medios convenientes y adecuados para lograrlo. Si esto lo relacionamos con el gobernante, podemos decir que la prudencia *política* o *gubernativa* consistirá en la aplicación a las circunstancias concretas de los supremos principios de la ciencia política. De ahí que en lo que concierne a la ciudad —escribiera Aristóteles—, la prudencia es legisladora.[373] Tomás de Aquino, el gran comentarista del Estagirita, señala que la prudencia es la virtud de dirigir y mandar bien,[374] conforme a aquella sentencia de Jeremías 23,5: "como verdadero rey, reinará prudentemente y hará derecho y justicia en la tierra".

La política y la ética

Con este apartado no se trata de hacer un estudio amplio que abarque todos los problemas que comprende la ética; el fin que se pretende es plantear y aclarar si existe o debe existir relación de esta disciplina con la política y el derecho. Pero antes de llegar a esto es preciso indicar por lo menos, qué se entiende por esta disciplina y cuál es su razón de ser.

Por principio diremos que la ética no es un *orden* dado de una vez para siempre. Pues si la concebimos como una exigencia, como una demanda, como una actitud, y si se quiere también como una inquietud, la inquietud moral, la sed de justicia, tendremos que decir que la ética está siendo siem-

373. *Ética nicomaquea,* 1142a, L. VI, c. 8.
374. Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica.* II-II, q. 50 a. 1.

pre buscada. Por lo tanto, no habrá que confundir ética con moral; la primera trabaja sobre la segunda como una reflexión para indicarle al ser humano por dónde debe caminar, por lo que no puede darse ética sin moral, de la cual —señala Kaufmann— se constituye tanto su explicación como su fundamentación filosófica.[375] Por eso Aranguren sostiene que la auténtica ética es y no puede dejar de ser *lucha* por una verdadera moral. Lucha incesante, caer y volverse a levantar, búsqueda sin posesión, tensión permanente y autocrítica implacable.[376] Pero, ¡cuidado! Sí puede darse, sí puede haber moral sin ética, lo que sería igual a que el hombre camine a la deriva.

La ética, tampoco es, una necesidad biológica, ni está ante el hombre como un castigo, como una barrera (algunos sostienen esto, incluso la consideran como un estorbo). La ética —sostiene Gómez Pérez— es una tarea para la libertad, pero la primera experiencia de la libertad, por paradójico que resulte, *es que no se puede hacer todo lo que se quiere*; no se puede, ni físicamente, como resulta claro, ni moralmente.[377] Por eso, el ideal no está en conseguir, por diversos medios, que se pueda físicamente hacer lo que no se puede moralmente hacer.

No es válido escindir lo que es uno, como tampoco es aconsejable separar lo que está unido; porque, si bien el hombre actúa de diferente manera según sean los campos donde se mueve, siempre será uno y el mismo quien concurre y se dirige para realizar determinada acción en una irrompible unidad. Sin embargo, es evidente que las consecuencias de la misma no serán iguales ni tendrán la misma repercusión y trascendencia, según la especificidad de sus acciones; por lo cual, como método, es bueno separar para unir; y en este caso, para la mejor comprensión del punto al que queremos llegar, es conveniente señalar cuál y cómo es el papel que la política, el derecho y la ética en su dimensión social desempeñan en la vida del hombre, que se constituye en su objeto común: los comportamientos de los individuos que participan en un todo social, pero considerados, como es natural, desde puntos de vista distintos, señala Villoro Toranzo.[378]

La política —continúa este mismo autor—, examina los comportamientos en sus relaciones con una estructura de poder; éste, pertenece a la esfera de los hechos; por eso la política pretende ser un saber sobre hechos, y sus

375. Kaufmann, *Filosofía del derecho*, p. 387.
376. Aranguren, *Ética y política*, p. 53.
377. Gómez, *Introducción a la ética social*, p. 215.
378. Villoro, *Los linderos de la ética*, p. 3.

juicios intentarán explicar el juego de las fuerzas que mueven a la sociedad, sus relaciones y las situaciones efectivas que surgen de ellas. La ética, por su parte, considera esos comportamientos en cuanto cumplen normas e intentan realizar valores objetivos; estos valores pertenecen al ámbito del deber ser; será una ciencia de principios, un conocimiento de los valores, y sus juicios tratarán de justificar una acción o un programa colectivo porque realizan valores deseables.[379]

Kaufmann establece la distinción entre derecho y moral (ética) desde la diferenciación de su sujeto final: el derecho tiene por objeto las relaciones entre los hombres; la ética, por el contrario, el hombre en cuanto naturaleza individual. La valoración jurídica caracteriza una acción como buena para la vida en comunidad; la valoración ética, en tanto buena, por antonomasia. La escolástica lo expresó en el sentido de que la ética es *ab agenti*, mientras que el derecho, por el contrario, es *ad alterum*.[380] Este último término quiere decir que la capacidad humana de la persona no es un mero ser en sí mismo ni tan sólo una individualidad impregnada del yo, sino que ésta es siempre, a un mismo tiempo, individualidad social.

No obstante que una nota característica del derecho es la fuerza, no puede obtener por ésta el cumplimiento de un deber moral, tan sólo puede posibilitarlo. Pero si es la posibilidad de lo moral, también puede serlo de lo inmoral. Al hacer la distinción entre ética privada y ética pública, Peces-Barba sostiene que ésta última señala qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quiénes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos, precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada. Al mismo tiempo que trata de configurar una organización política y jurídica, donde cada uno pueda establecer libremente sus planes de vida.[381]

Límites del poder

Después de haber analizado los puntos anteriores: el poder y la fuerza, validez y vigencia del derecho, Estado de derecho, política, derecho y ética, afirmamos que entre ellos la relación es necesaria y exigida, por lo cual forman

379. *Cfr. idem*.
380. *Op. cit*., p. 388.
381. *Op. cit*., pp. 74 y 73.

un entramado con tal consistencia que se constituyen como *conditio sine qua non* para que la comunidad social tenga la posibilidad de vivir y desarrollarse como humana que es. No obstante que esto es cierto, también debemos tener presente que en el centro de todo ello está el hombre, que entre otras cosas —como lo escribimos arriba—, cuando asoma a su vista y a sus manos la posibilidad de disfrutar de poder estará propenso a abusar de él y a caer en la arbitrariedad.

El anhelo del poder —dirá Stammler—, sea grande o pequeño, es un fuerte estimulante para el hombre. La aspiración a dominar sobre otros hombres espolea al individuo a luchar por conquistar un poder y ejercitarlo.[382] Los probables efectos del poder sobre aquéllos que lo ejercen —como lo hemos señalado en forma reiterada por la verdad que encierran— fueron sucintamente presentados en 1887 por un varón inglés, Lord Acton, en un famoso aserto: "El poder tiende a corromper; el poder absoluto corrompe absolutamente". Un siglo antes, William Pitt, otro inglés de amplia experiencia, había hecho una observación similar: "El poder ilimitado —dijo en un discurso en el Parlamento— es proclive a corromper las mentes de quienes lo poseen". Entre los miembros de la Convención Constitucional Americana de 1787, uno de los delegados más jóvenes, Alexander Hamilton, coincidió en la idea anterior: "Los hombre aman el poder". Y otro de los delgados más experimentados e influyentes, George Mason, puntualizó: "Dada la naturaleza del hombre, podemos estar seguros de que aquéllos que tienen el poder en sus manos [...] siempre [...] en cuanto puedan [...] lo acrecentarán".[383] Líneas adelante, el mismo autor, observa en forma atinada lo siguiente:

> Por muy sabios y dignos que sean los miembros de una elite gobernante dotada del poder de gobernar el Estado, cuando acceden a él por primera vez, es posible que en unos pocos años o en unas pocas generaciones acaben abusando de él. Si la historia humana nos proporciona alguna lección, una de ellas es seguramente que los guardianes de un Estado tenderán a convertirse en déspotas valiéndose de la corrupción, el nepotismo, la promoción del interés individual o de grupo y mediante el abuso de su monopolio sobre el poder coercitivo del Estado para eliminar la crítica, extraer riqueza de sus súbditos y asegurar la obediencia mediante la coerción.[384]

382. Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p.187.
383. *Cfr.* R. Dahl, *op. cit.*, p. 86.
384. *Idem.*

Por todas estas razones es necesario señalar y especificar con claridad y decisión los límites a los que en el ejercicio del poder, es decir, quienes lo detenten, deben respetar.

Se entiende que el poder que ahora ocupa nuestra atención no es ni el poder de hecho, ni el poder personal, sino el poder de derecho, el poder institucional, el poder político; es decir, el poder del Estado, el cual es estable, instituido, que necesita para su permanencia de una organización. Ésta le vine dada por el derecho, que no sólo lo organiza, sino que sobre todo, lo legitima. Pero, curiosamente, el derecho legitima al poder político en cuanto que lo organiza según criterios de justicia. Pero, no hay que confundir las cosas, como bien observa Alejandro Nieto al escribir, que "ni la justicia ni el derecho son por naturaleza instrumentos del poder; pero éste se las ha arreglado para instrumentalizarlos con una audacia cínica que el éxito avala. Por eso, en la actualidad hace falta mucho valor para atreverse a arrancar del rostro del Poder las máscaras de la justicia y del derecho con que se recubre".[385] Pero hace falta mucho más valor para exigirle que sin hipocresías, se adorne realmente con esa doble vestimenta. Por lo cual debemos entender que la organización del poder por el derecho con tales fundamentos (criterios), lleva en sí misma una limitación de ese poder. De ahí que un poder no organizado, no sometido a determinadas formas, no especificado en una serie de competencias —sostiene Recasens Siches—, sería un poder que llegaría tan lejos, dependiendo de cual fuese la influencia que de hecho ejerciese en cada instante en la conducta de las gentes sobre las cuales tratase de imperar. El alcance de tal poder no estaría limitado nada más que por los límites de su propia fuerza: llegaría en cada instante hasta donde llegase la fuerza.[386]

La organización jurídica del poder, por tanto, limita los alcances del mismo, porque tales alcances están definidos, determinados, delimitados por el derecho, y, por consiguiente, no puede ir más lejos de lo establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto quiera permanecer como poder jurídico y no quiera intentar ser un poder arbitrario rebasando los límites establecidos y abusando en el ejercicio del mismo. El abusar de la autoridad que se tiene —puntualiza Locke— no está mejor en un alto funcionario que en uno de pequeña categoría: no resulta más justificable en un rey que en un guardia de policía. Al contrario, es mucho más grave en el primero, porque, al confiárse-

385. *Balada de la justicia y la ley*, p. 17.

386. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 231.

le una misión más importante, se supone que, debido a su educación superior y a sus consejeros, sabrá mejor lo que hace y tendrá menos motivos de hacerlo, ya que se encuentra muy aventajado sobre el resto de sus hermanos.[387] Por eso, ese poder que en el estado de Naturaleza, estando en manos de todos los individuos, tenía como finalidad y medida, la salvaguardia de todos los miembros de dicha sociedad, no es posible que cuando pasa a manos de los magistrados tenga otra finalidad y medida que la de mantener a los miembros de una determinada sociedad sus vidas, sus libertades y sus bienes.[388]

Con la influencia del pensamiento de J. Locke, uno de los frutos de la Revolución Francesa es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su momento —según observa G. Jellinek— pretende trazar la línea de separación entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez por todas por "los Derechos del Hombre, naturales, inalienables y sagrados".[389] Declaración que —para Peces-Barba más que una declaración de derechos humanos, es un proyecto político para la modernidad— transmitirá como valor del sistema la idea de que para ser libres los hombres tienen que estar en un sistema de gobierno sometido a las leyes.[390] Así lo establece en los artículos 4, 5, sobre todo en el 6, y algunos otros más.[391] Este reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos, será uno de los límites internos que N. Bobbio le señala al poder, junto con las leyes naturales, el derecho privado de la persona y la división de poderes.[392]

Montesquieu, heredero del constitucionalismo de J. Locke, señaló con su teoría de *los pesos y contrapesos*, la necesidad de repartir los poderes del Estado, y así evitar un gobierno despótico que resultaría de la acumulación de los mismos en unas solas manos: "La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; pero no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.[393] Con esta expresión

387. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, p. 192.
388. *Ibid.*, n. 171, p. 162.
389. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, p. 87.
390. *Ética, poder y derecho*, p. 85.
391. López, *Introducción a los derechos humanos,* pp. 91-92.
392. *Cfr., Estado, gobierno y sociedad*, pp. 134-139.
393. *El Espíritu de las leyes*, p. 208.

señala la necesidad de la distribución de poderes, que se erigirá a través del tiempo con el carácter de propuesta perdurable, por la aceptación de la misma en la mayoría de los Estados del mundo. Teniendo como referente la libertad y la vida de los ciudadanos, observa el mismo pensador: "Todo esto estaría perdido, si el mismo hombre, el mismo cuerpo, de personas principales, de los nobles, o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.[394]

Teoría de la ciencia jurídica o lógica jurídica

Para una mejor comprensión de este segundo contenido de la filosofía del derecho, el título del mismo lo desdoblaremos en tres puntos: teoría de la ciencia jurídica, ciencia jurídica y lógica jurídica.

Teoría de la ciencia jurídica

Se trata de una teoría del conocimiento jurídico o epistemología jurídica, que consistirá —según Elías Díaz—, en la reflexión crítica sobre la ciencia del derecho y sobre la actividad científica propia del jurista; también estudiará la metodología y los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica y en el trabajo de aplicación y realización del derecho.[395] Es parte de la filosofía del derecho —apunta Peces-Barba— y por consiguiente tiene un carácter crítico en relación con el saber jurídico. Eso supone que analiza lo que hace la ciencia jurídica y construye su teoría, es decir, orienta, fundamenta, justifica y prescribe en relación con los métodos más adecuados para conocer la realidad del derecho.[396] Deberá entender al derecho Positivo —según Villoro T.— no como algo fijo e inmovilizado en las limitaciones de un legislador pasado sino como normas vivas susceptibles de seguir ordenando conforme a justicia los conflictos del presente.[397] Le corresponderá —en palabras de Legaz y Lacambra— explicitar temática y sistemáticamente los supuestos

394. *Ibid.*, pp. 6 y 210.
395. *Sociología y filosofía del Derecho*, p. 254.
396. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 301.
397. T. M. Villoro, *Introducción al estudio del derecho*, p. 278.

conceptuales necesarios para que el jurista proceda con pleno conocimiento de causa y, sobre todo, para aclarar el sentido de su actividad.[398] De esta manera, Gregorio Peces-Barba señala que la teoría de la ciencia jurídica es un conocimiento sobre el saber jurídico, un saber sobre el saber, que aproxima a la filosofía y a la ciencia, y que distancia a la filosofía de esas concepciones que pretenden construir una filosofía prescindiendo de la ciencia. Al mismo tiempo, su reflexión sobre el conocimiento jurídico la obliga al rigor, y la misma preocupación por el estatuto epistemológico del conocimiento jurídico, la hace científica en algún sentido.[399]

Por lo tanto, de acuerdo con lo planteado, la teoría de la ciencia jurídica tendrá como objeto de estudio: el problema de la cientificidad del derecho, la situación del derecho en el panorama general de los conocimientos científicos actuales y los problemas lógicos y metodológicos que plantea la actividad científica y práctica del jurista, teniendo en cuenta siempre —señala E. Fernández— que el objeto de reflexión y análisis de la teoría de la ciencia jurídica es el mismo desarrollo de la ciencia jurídica.[400]

Ciencia jurídica

Al hablar de la ciencia jurídica nos referimos a una verdadera ciencia, que por supuesto posee objeto propio de carácter científico, y método propio. Sabemos que toda ciencia, todo saber, tiene como punto de partida y se origina en lo *real*, en lo que existe; es decir, se fundamenta en la experiencia; por lo mismo, el derecho será objeto de ciencia siempre y cuando pueda ser objeto de experiencia: cualquier mente sana, quiero decir, sin prejuicios de ninguna índole, entiende que el derecho es en la realidad lo que es derecho, pero al constituirse en objeto de estudio de la ciencia jurídica, ésta tendrá como objetivo el conocimiento de su contenido. Así las cosas, la ciencia jurídica tendrá siempre como objeto algo de la experiencia, ya que el derecho positivo es algo real.

En estos términos, cabe señalar —con Elías Díaz— que la ciencia jurídica, hoy día, se construye sobre la consideración estricta del derecho como norma: el contenido directo de la ciencia del derecho son las normas jurí-

398. *Op. cit.*, p. 36.
399. *Introducción a la filosofía del derecho*, pp. 281-282.
400. *Op. cit.*, p. 30

dicas positivas, material con el cual trabaja siempre y en todo momento el jurista. El científico del derecho sabe que es preciso diferenciar entre validez, eficacia y legitimidad de las normas; conoce las implicaciones entre estos tres niveles, pero centra su trabajo en la investigación, análisis, construcción y realización del derecho positivo, es decir, de las normas válidas, vigentes en cuanto promulgadas y no expresamente derogadas.[401]

Ahora bien, ¿qué clase de ser (de ente) es el derecho?, ¿qué tipo de realidad la corresponde al derecho? Preguntas que no puede responder la propia ciencia jurídica, sino que será tarea de la filosofía indicar el lugar que le corresponde al derecho en eso que llamamos y conocemos como *la realidad*.

Las ciencias se especifican por su objeto de conocimiento. Hasta nuestros días —dice González U.— ha persistido una clasificación que se puede llamar tradicional que divide a las ciencias en *naturales* y *culturales*, según que estudien los fenómenos naturales, es decir, aquéllos que son independientes de la voluntad del hombre; o, que estudien los fenómenos culturales, es decir, aquéllos que resultan de la actividad finalística del hombre.[402] Stammler, por su parte las divide en ciencias *causales* y *teleológicas*, dependiendo del procedimiento de ordenación que adopten.[403] Según se trate de una ordenación de causa a efecto,[404] o, bien se trate de buscar la rectitud intrínseca de la voluntad,[405]o el fin fundamental de la convivencia humana.[406] Hans Kelsen, por su parte las divide en *ciencias fácticas*, o ciencias del ser, y *ciencias normativas*, o ciencias del deber ser. Esta división se basa en la diversa actitud que adopta el investigador frente al objeto de conocimiento.[407]

Por tanto, podemos decir que de la diversidad de objetos que existen o se dan, brota la diversidad de las ciencias que los estudian; aunque a veces un mismo objeto puede ser estudiado por varias ciencias. Pues bien, esa multiplicidad de objetos integran la realidad; en la cual la filosofía encuentra ciertos reinos:

401. *Op. cit.*, pp. 61-62.
402. *Teoría política*, p. 123.
403. *Cfr. op. cit.*, pp. 200-202.
404. *Ibid.*, p. 222.
405. *Idem*.
406. *Ibid.*, p. 257.
407. *Cfr. La Teoría pura del derecho*, pp. 46-49.

a. **El reino de lo sensible:** en él se encuentra lo orgánico y lo inorgánico, que es lo que propiamente se conoce como naturaleza: ríos, montañas, rocas, vegetales, etcétera.
b. **El reino de lo no sensible:** en éste se encuentran las leyes lógicas, los seres ideales, los valores. Por exclusión, podemos decir que en ninguno de los dos se encuentra al derecho; por lo que habrá que buscarlo en otro reino, en otra dimensión de la realidad, ya que las ciencias no se reducen a ser naturales o matemáticas; por lo mismo, habrá que buscar un nuevo concepto de ciencia. Así, Gregorio Peces-Barba sugiere que a través de la reflexión sobre las ciencias del espíritu, se llegará a la conclusión de que existe otro mundo, el mundo de los hechos humanos, de las creaciones del hombre, *de la cultura* en definitiva.[408]
c. **El reino de la cultura, de lo histórico-espiritual:** es evidente que aquí estará el derecho ya que no es algo tangible, algo dado, aunque a diario lo experimentamos; tampoco es un ente de razón. Se encuentra aquí, en el reino de la cultura, porque es algo que el hombre —debido a su naturaleza imperfecta y limitada— necesita para convivir, y, por lo tanto, tendrá que crearlo.

El mismo Peces-Barba, después de señalar que la materia central de estudio de la ciencia jurídica son las normas de comportamiento, y a través de ellas las relaciones humanas, o vida social humana, confirma lo que hemos dicho líneas arriba: La realidad sobre la que trabaja el científico del derecho, es un producto humano, *forma parte de la cultura*, por consiguiente, la ciencia jurídica forma parte de las llamadas ciencias espirituales, *culturales*, morales, humanas y sociales, y no de las llamadas ciencias naturales, porque el objeto (el derecho) sobre el que versa, no pertenece al mundo de la naturaleza, sino al mundo de la cultura.[409] Juan Manuel Terán comparte la postura de Peces-Barba al señalar que el derecho no es un fenómeno de la Naturaleza, ni tampoco constituye una ciencia o una creación estética o religiosa, pero que, en cambio, puede concebirse como un contenido normativo en la cultura.[410] Esto se reafirma si con Verdross entendemos por ciencias de la cultura, a

408. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 290.
409. *Ibid*., p. 296.
410. *Filosofía del derecho*, p. 65.

las que corresponde considerar a la realidad desde el punto de vista de los valores, relevando como valiosas determinadas situaciones y descuidando o dejando de lado a las restantes.[411] Wilhelm Sauer, respecto a la entidad de la ciencia jurídica, observa que una misión fundamental, harto descuidada, de la filosofía del derecho es, precisamente, estudiar de este modo el derecho como fenómeno de la cultura; sólo así puede ser verdaderamente comprendido el derecho.[412]

Lógica jurídica

Para adentrarnos en este tema —apegándonos al método que hemos seguido—, veremos primero qué dice la filosofía al respecto:

A. El término "lógica" —señala Reale— no fue utilizado por Aristóteles para designar lo que nosotros entendemos hoy con esta denominación. El Estagirita denominaba la lógica mediante el término "analítica", y los escritos fundamentales del *Organon*[413] llevan precisamente el título de "Analíticos". Dividió y sistematizó las ciencias de acuerdo con un esquema en el que no hay lugar para la lógica, porque ésta considera la forma que debe poseer cualquier tipo de razonamiento que se proponga demostrar algo, y, en general, que quiere tener valor probatorio. La lógica muestra cómo procede el pensamiento cuando piensa, cuál es la estructura del pensamiento, cuáles son sus elementos, cómo se hace posible elaborar una demostración y cuándo la resolvemos en aquellos elementos de los cuales procede, es decir, en las premisas y en los elementos que la originan, con lo que la fundamentamos y la justificamos.[414] El mismo autor indica que más bien su origen lo encontramos en la época de Cicerón, y más propiamente en los estoicos. Jean Brun —estudioso del estoicismo— resalta la originalidad de este pensamiento, indicando entre otras cosas, que la lógica aristotélica trata de la extensión de los conceptos y se dirige a descubrir relaciones

411. A. Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, p. 309.
412. *Filosofía jurídica y social*, p. 118.
413. Palabra que significa *instrumento*, introducido por Alejandro de Afrodisia para designar la lógica en su conjunto.
414. G. Reale, *Historia del pensamiento filosófico y científico I*, pp. 190-191.

> de inclusión o de exclusión, procediendo de lo particular a lo general (inducción), o de lo general a lo particular (deducción).[415] Más adelante indica que la proposición estoica no pertenece al tipo de la proposición aristotélica: ésta atribuye predicados a un sujeto (*el caballo es un animal*) y aquélla anuncia acontecimientos (*está despejado, esta mujer ha dado a luz*). Por eso, mientras el razonamiento aristotélico establece conexiones entre conceptos, el razonamiento estoico establece implicaciones de relaciones temporales.[416]

Muchos años después (siglo VI d.C.), en el pensar de Armand A. Maurer la posición de la lógica es ambigua, ya que en el esquema boeciano de las ciencias, por una parte se le considera como un instrumento necesario para todas las ciencias, puesto que, nos enseña a razonar correctamente y a llegar a conclusiones verídicas. Pero desde otro punto de vista se le considera como otra ciencia más y como otra rama de la filosofía, ya que tiene su objeto propio y puede ser estudiada por sí misma, aparte del empleo a que puedan aplicarla las otras ciencias.[417] En este sentido, el filósofo hispano-mexicano, Ramón Xirau, entiende por lógica (*Logos*, razón), aquella parte de la filosofía cuyo objeto es el razonamiento recto y dirigido a encontrar la verdad y evitar el error.[418] En otras palabras, sería aquella rama de la filosofía que se encarga de orientar todos los actos de la razón a la búsqueda de la verdad. En este caso se estaría hablando de la verdad lógica: *adaecuatio rei et intellectus* ("adecuación o conformidad de la cosa y el intelecto").

Elías Díaz escribe, que tradicionalmente, y desde la filosofía, se define a la lógica como "la ciencia de las leyes ideales de la razón y el arte de aplicarlas correctamente a la investigación y demostración de la verdad."[419] Muy común es entre los escolásticos —indica Ferrater Mora— distinguir entre una *logica minor* o lógica formal y una *logica major* o lógica material.[420] Jólivet describe la función de cada una de ellas: "La lógica puede desempeñar dos funciones: o

415. J. Brun, *El estoicismo*, p. 41.
416. *Ibid*., p. 42. Samaranch opina lo contrario de Reale, pues para él, "Aristóteles fue realmente el creador de la Lógica, hasta tal punto que pudo decir Kant que, después de él, la Lógica no ha tenido que dar ni un paso atrás, pero tampoco ha podido dar ningún paso adelante". *Obras*, de Aristóteles, p. 217.
417. *Filosofía medieval*, p. 24.
418. *Introducción a la historia de la filosofía*, p. 474.
419. *Op. cit*., p. 80.
420. *Diccionario de filosofía*, p. 2007.

bien busca determinar las condiciones universales de un pensamiento coherente consigo mismo, y tendremos la lógica formal; o bien, se aplica a definir los procedimientos o los métodos exigidos en cada disciplina particular por los diferentes objetos del saber, a fin de conseguir, no sólo la coherencia, sino también la verdad, y tendremos la lógica material o *logica major*".[421]

B. Pasamos ahora a estudiar la *lógica jurídica*. Al hacerlo, sostenemos que ésta se fundamenta en la lógica desde el punto de vista material descrito por Jólivet. Dirá Legaz y Lacambra: "La parte de la filosofía del derecho que, como teoría de la ciencia jurídica, estudia el método formativo de los conceptos jurídicos, suele llamarse Lógica del Derecho o Lógica jurídica".[422] Al preguntarse Elías Díaz ¿cuál es la estructura interna de la lógica jurídica? Responde: "Ésta trabaja fundamentalmente con normas, a través de esa labor de localización, interpretación, construcción, sistematización y aplicación de una concreta normatividad: sería por de pronto, lógica de normas, lógica *deóntica*. Pero la referencia constante de esas normas y esos sistemas normativos a una realidad social, implica que la lógica jurídica es, a su vez, lógica *fáctica*, lógica de hechos y no solamente lógica *deóntica*, o lógica de normas".[423]

Legaz y Lacambra hace una precisión sobre la denominación de la lógica jurídica o lógica del derecho, que hemos citado líneas arriba, lo que me parece muy acertado. A lo que se llama propiamente lógica jurídica —señala— es la teoría del razonamiento y de la argumentación jurídica y la puesta en marcha de este razonamiento conforme a sus principios lógicos propios. Porque es la lógica del jurista la que debe usar éste para cumplir su misión. En cambio, la que le es dada al jurista y presupuesta por él, se le debe llamar lógica del derecho, porque en ella se patentiza la estructura lógica del derecho como un ente susceptible de un conocimiento jurídico.[424] En estrecha relación con esta denominación, Atienza hablará, por un lado, de la lógica de los juristas, entendida como el análisis (lógico) de los razonamientos que éstos efectúan en el proceso de establecimiento, interpretación y aplicación

421. R. Jólivet, *Tratado de Filosofía*, p. 29.
422. *Op. cit*., p. 43.
423. *Op. cit*., p. 88.
424. *Op. cit*., pp. 50-51.

del derecho; de lo que podemos deducir que, si bien la argumentación jurídica no puede reducirse a la lógica, ésta desempeña en aquélla un papel de suma importancia; por lo que el análisis de los conceptos básicos del derecho en que consiste la teoría general del derecho no puede hacerse hoy día a espaldas de la lógica. Y, por otro, de la lógica del derecho, esto es, el análisis formal de las normas y de los sistemas normativos; a ésta, dice, se le suele denominar lógica de las normas o lógica deóntica.[425] A la primera de ellas, Recasens Siches le llamará lógica de lo razonable, porque es la que debe regir al jurista en la producción de los contenidos del derecho, tanto de las normas generales como de las normas individualizadas[426] o, como dice en otro lugar, para interpretar las leyes en relación con los casos concretos y singulares; y todo esto porque no es una lógica deductiva ni matemática.[427] Esta lógica no es la adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, ni tampoco para los menesteres jurídicos. Por consiguiente —señala el mismo autor—, para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia, incluyendo el derecho, hay que emplear otro tipo diferente de *logos*, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el *logos* de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón —tanta razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta—. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas.[428]

No pensemos, por supuesto, que la lógica jurídica y la lógica formal se oponen entre sí; sino más bien, como señala Elías Díaz: la lógica jurídica no es otra lógica diferente de la lógica formal; no estaría en contradicción con ella, pero sí podría prolongarla en su aplicación a esa específica realidad que es el derecho.[429] Así las cosas, y tomando en cuenta lo expuesto por Legaz y Lacambra, Atienza y Elías Díaz, entenderemos por lógica jurídica —con Kalinowski—: "la parte de la lógica formal que tiene como objeto específico, examinar desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales del jurista tanto como sus productos mentales: conceptos, divisiones, definiciones, juicios y razonamientos jurídicos".[430]

425. M. Atienza, *El sentido del derecho*, p. 240.
426. *Introducción al estudio del derecho*, p. 259.
427. *Tratado general de filosofía del derecho*, p. 664.
428. *Ibid.*, p. 642.
429. *Op. cit.*, p. 90.
430. G. Kalinowski, *Introduction à la logique juridique*, 7, citado por Elías Díaz, *op. cit.*, p. 88.

Misión de la ciencia jurídica

La ciencia jurídica en *stricto sensu*, presupone la lógica del derecho, al mismo tiempo que un sistema de conceptos fundamentales; pero también, de manera particular se ocupa de un sistema normativo de contenido muy concreto, como son, las normas legales y los contenidos de la jurisprudencia. En este sentido podemos decir que la ciencia jurídica tiene una misión muy especial constituida por cuatro actividades fundamentales: interpretar, construir, sistematizar y valorar.

Interpretar: ¿Qué significa *interpretar*? Es conveniente señalar que este término no es exclusivo del lenguaje jurídico sino que se utiliza en muchos otros campos: así se habla de la interpretación de la Biblia, de interpretación literaria, de interpretación musical...[431] Por lo demás, cuando se quiere conocer algo, por lo general, queremos llegar a su definición real; pero antes de ello debemos tener en claro su origen etimológico, que es de mucha utilidad. Así el origen de la interpretación lo encontramos en el verbo latino *interpretor*, *aris*, *ari*, *atus*, *sum*, que significa esclarecer, explicar, descifrar. Verbo que a su vez deriva del sustantivo *interpres-etis*, que significa intermediario; *inter*, es, el que, o, lo que, o, quien está entre dos, o un agente; es decir, lo que pone en lenguaje accesible lo que se encuentra en lenguaje desconocido. De ahí que *interpres*, por extensión, se aplique a aquél que explica, al que esclarece, al que da sentido.[432] Por eso —ya en el terreno jurídico— Lucía María Aseff sostiene que "el discurso de la ley tanto como el discurso de los juristas es uno de los tantos discursos productores de sentido, y que no es posible pensar la tarea del intérprete por fuera de este efecto que produce y del que a su vez es un producto"[433]. En la misma línea Radbruch escribe: "la interpretación jurídica busca el sentido objetivo del derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación.[434] La interpretación jurídica, empero —dirá en otro lugar—, se dirige al sentido objetivamente válido del precepto jurídico. No se propone, pues, la fijación del sentido pensado por el autor de la ley, y no puede hacerlo porque en

431. R. V. Ruiz, *Teoría de la ley penal*, p. 99.
432. *Diccionario jurídico mexicano*, p. 1793.
433. *Argumentación jurídica y semiosis social*, p. 141.
434. G. Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 9.

toda obra legislativa interviene una diversidad de autores. La interpretación jurídica, no es por tanto, un repensar posterior de algo ya pensado, sino un pensar una idea hasta su último extremo.[435] Esto es debido a que el derecho —en palabras de Atienza— no es simplemente algo dado a priori en las leyes, en las sentencias, etc., sino la práctica consistente en atribuir sentido a esos materiales.[436] El intérprete será, por tanto, el mediador que comunica a los demás el significado que se atribuye a ciertos signos o acontecimientos. Francisco Puy califica al intérprete como aquel que es capaz de interpretar o traducir el lenguaje jurídico abstracto, calificando hechos concretos, para poder responder a las consultas.[437]

A lo dicho podemos añadir algo que escribimos en otro lugar: que uno de los campos en los que más se ha desarrollado y organizado la interpretación es el del derecho; que consiste en un texto o conjunto de textos que expresan la voluntad de una persona, el legislador, que ha establecido las normas contenidas en dichos textos.[438] En el Diccionario mencionado, Víctor C. García, sostiene que interpretar es desentrañar algún texto que está oscuro o que es ambiguo.[439] La interpretación consistirá —como señala Pablo E. Navarro— en asignarle un significado específico a un determinado texto normativo, que por alguna razón en particular ofrece dificultades para su comprensión.[440] De ahí que García Máynez señale que interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra.[441] En la misma línea, Jiménez de Asúa, entiende por interpretación "Una operación lógica-jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley, en funciones con todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura, a fin de aplicarlas a los casos concretos de la vida real".[442]

Por lo anterior, podemos sostener que siendo el derecho una realidad vital humana entendida bajo la especie de socialidad, debe ser de interés conocer en ese ordenamiento jurídico esa realidad social que es múltiple en contenido. En este sentido podemos decir con Legaz y Lacambra, que in-

435. G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, pp. 147-148.
436. M. Atienza, *El sentido del derecho*, p. 267.
437. *Tópica jurídica*, p. 446.
438. *Idem*.
439. *Ibid.*, p. 1792.
440. *Los límites del derecho*, p. 88.
441. *Introducción al estudio del derecho*, p. 325.
442. Jiménez de A. L., *Tratado de Derecho Penal*, p. 409.

terpretar el derecho es interpretar la realidad jurídica bajo la perspectiva de proposiciones normativas, ya que las normas que la regulan no son ajenas a la realidad vital del derecho, sino que la integran.[443] Además, sabemos que muchas de las normas que nos regulan, tienen su origen en la misma vida social, y estas normas están dentro del contenido del derecho.

Construir: Es usual en la teoría jurídica —señala Navarro— situar la interpretación del derecho junto a los procesos de creación de normas.[444] No sólo eso, sino que incluso, la interpretación proporciona la materia sobre la que opera la construcción jurídica, en el decir de Legaz y Lacambra.[445] Esta actividad tiene como misión elaborar los auténticos conceptos jurídicos, que son aquéllos con los cuales se aprecia el contenido normativo de un precepto jurídico El material jurídico, según esta concepción —observa Ferrajoli—, siempre está al menos parcialmente indeterminado, y es preciso una decisión judicial para resolver este defecto.[446]

Tal indeterminación del material jurídico nos lleva a decir que la ciencia jurídica se debe preocupar de elaborar los conceptos que no se hallan inmediata e intuitivamente presentes en la norma legal, pero que al explicarla permite que encajen adecuadamente aquellos casos que no se encuentran contemplados en la norma; es decir, se intenta llenar las lagunas de la ley. Dirá Radbruch, la construcción es la piedra de toque para comprobar la ausencia de lagunas y contradicciones en las normas referentes a una determinada institución jurídica.[447] Lagunas que para Kelsen, son sólo una *ficción*, pues sólo se habla de ellas cuando la ley es lógicamente inaplicable al caso concreto.[448] Para Bobbio, el positivismo jurídico admite su existencia, pero señala que no son auténticas lagunas, porque dichas normas se pueden completar desde dentro del propio sistema (autointegración del derecho) mediante el recurso a la analogía y a los principios generales del derecho, lo cual es un recurso que no constituye un acto de creación, sino de pura interpretación, y más concretamente de integración del derecho.[449]

443. *Op. cit*., p. 86.
444. *Op*. cit., p. 140.
445. *Op. cit*., p. 62.
446. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*. *Teoría del garantismo penal*, p. 38.
447. *Op. cit*., 10.
448. *Teoría general del derecho y del estado*, p. 176.
449. N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, p. 213.

El trabajo del jurista —según Elías Díaz— recorre un largo camino entre la creación (momento inicial) y la aplicación del derecho (momento final).[450] Pero un poco después señala que ese trabajo se centra fundamentalmente en la aplicación del derecho, ya que, en la creación del mismo, el jurista, en cuanto tal, sólo interviene de forma realmente secundaria; la sociedad a través del poder legislativo es la creadora del derecho. La función propia y específica del jurista consiste en desentrañar (la interpretación) el significado del derecho, a fin de llegar a una correcta aplicación del mismo en la realidad social.[451] Kelsen sostiene también que el poder legislativo es el creador del derecho. Sin embargo, señala, que esa función en algún momento la pueden desempeñar tanto el tribunal como el juez. En el primer caso, el tribunal está autorizado a ordenar una sanción contra el reo o el demandado, aun cuando falte una norma general que hubiera podido ser violada por éste, con tal de que considere la falta de esa norma general como insatisfactoria, injusta o inicua. Esto significa que está obligado a crear para el caso concreto, la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso, el tribunal funciona como legislador.[452] El juez por su parte, sólo puede convertirse en legislador cuando la ley establecida no es aplicable al caso concreto, o la decisión le parece incompatible con las intenciones del autor de la ley. Y como en su carácter de juez está obligado a resolver la controversia, puede en ese mismo caso proceder como legislador.[453]

El juez —dice Aristóteles— es el hombre que, en forma deliberada, se decide y obra prácticamente; no es un hombre que aplique a raja tabla la justicia, inclinado a adoptar la solución menos favorable para los demás; está siempre dispuesto a dejar o ceder algo de lo que se le debe, aunque pueda pedir la ayuda de la ley; su disposición ordinaria es la equidad, que es una variedad de la justicia y una disposición que en realidad no difiere de ella. [454]

Es evidente que esto es una contribución al derecho de alguien que no fue jurista, pero, desde luego de alguien eminente, el gran Aristóteles, quien en el mismo lugar citado señala: Puesto que la ley se expresa para la mayoría genérica de los casos, y dado que con posterioridad a ella se dan cosas que contrarían estas disposiciones generales, es normal llenar la laguna dejada

450. *Op. cit*., p. 66.
451. *Ibid*., p. 67.
452. *Teoría pura del derecho…*,p. 173.
453. *Ibid*., p. 177.
454. *Ética nicomaquea,* 1142a, L. VI, c. 8.

por el legislador y corregir la omisión imputable solo al hecho mismo de expresarse en general. El mismo legislador, si estuviera presente, admitiría el caso y, de haber previsto la cosa, habría introducido precisiones especiales en la ley.[455]

Sistematizar: Después de lo que hemos escrito sobre la interpretación, podemos decir que ésta nos ayuda a superar ciertas dificultades que nos impiden identificar las normas que el legislador crea e intenta comunicar a sus destinatarios. Además —puntualiza Navarro—, también es usual denominar interpretación a la tarea conceptual de desplegar las consecuencias lógicas de la información normativa proporcionada por el legislador.[456] Para evitar confusiones —señala el mismo autor—, al proceso que nos lleva desde los textos a las normas se denominará identificación; mientras que el término sistematización se reservará a la operación que nos conduce desde las normas a sus consecuencias lógicas en un cierto sistema normativo.[457] Ahora bien, ¿cuáles son las características de una y otra actividad? Entre otras, el autor en comento señala: La identificación se refiere a la tarea de asignarles significados a ciertos textos; en cambio, la sistematización se refiere al desarrollo del contenido conceptual de las normas; la interpretación resulta difícil en el campo de la identificación del derecho únicamente cuando tenemos dificultad para comprender cierta información que transmite la autoridad normativa. De esto se desprende, en resumidas cuentas que: la identificación es empírica, la sistematización es conceptual; la identificación se refiere a textos, la sistematización a normas; y que se relacionan de diferente manera con el conocimiento del derecho: la relación entre conocimiento jurídico, interpretación e identificación de las normas es contingente, mientras que la relación entre conocimiento jurídico, sistematización y desarrollo del contenido conceptual de un sistema, es necesaria.[458] Radbruch, por su parte, en lo que a este punto se refiere, se expresa de la siguiente manera: la sistemática jurídica es a partes más extensas del orden jurídico o al conjunto de él lo que la construcción es a una institución jurídica suelta, a saber: el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea.[459]

455. *Idem*.
456. *Op. cit*., p. 89.
457. *Idem*.
458. *Cfr. Ibid*., pp. 89-91.
459. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 11.

Valorar: La valoración no se puede quedar fuera de las actividades de la ciencia jurídica. Hacerlo, sería igual a dejarla sin contenido, es decir, en una dimensión meramente formal. Sería lo mismo que decir que la ciencia jurídica está desprendida de la realidad humana que es teleológica y está permeada, llena de valores. Mientras no tiene sentido preguntarse si un precepto es verdadero o falso —argumenta Bobbio—, sí lo tiene preguntarse si es *justo* o *injusto* (oportuno o inoportuno, conveniente o inconveniente) o *válido* o *inválido*. La diferencia entre los predicados aplicables a las proposiciones descriptivas y los aplicables a las prescriptivas se deriva de la diferencia de criterios con los cuales evaluamos unas y otras para darles nuestra aceptación. Las primeras son valoradas —dice el mismo autor— por su correspondencia o no con los hechos; las segundas, por su correspondencia o no con los valores supremos.[460] Esto nos mantendría en la línea de lo que Atienza llama "la revuelta contra el formalismo legal";[461] movimiento iniciado en Alemania, Francia y Estados Unidos a partir de las últimas décadas del siglo XIX. En otro lugar, al hacer la distinción entre la filosofía analítica y la filosofía hermenéutica, señala el mismo autor, que el conocimiento hermenéutico, que es un conocimiento valorativo, no se da de la oposición o la distancia, entre un sujeto y un objeto, como ocurre con las ciencias explicativas; (similar a lo que ha dicho sobre las proposiciones descriptivas), por el contrario, aquí el conocimiento es, al mismo tiempo, acción y praxis.[462]

Ahora bien, si por valorar entendemos la preferencia de una cosa en relación a otra por el valor que en ella estimamos y que encontramos encarnado en la misma; es evidente que el derecho es objeto de valoración por ser la realización de un punto de vista sobre la justicia. Pero esta dimensión ontológica del derecho sería también puramente formal porque no implica un contenido determinado, ni un contenido concreto de justicia. En este sentido cualquier punto de vista sería válido. En consecuencia, a la filosofía del derecho le corresponde señalar el contenido exacto de justicia, o por lo menos señalar los criterios válidos para que objetivamente se prefiera un acto sobre otro, y no contentarse con la constatación de un hecho.

Para concluir este segundo contenido de la filosofía del derecho, conviene señalar que la lógica del derecho no agota a la ciencia jurídica, que por su-

460. N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, pp. 48-49.
461. *El sentido del derecho*, p. 235.
462. *Cuestiones judiciales*, p. 106.

puesto es *avalorante*, ya que es de índole conceptual y no estimativa. Lo que quiere decir que la lógica no puede valorar pero sí le corresponde entender y conocer la valoración que constituye una nota ontológica de su objeto. De igual manera, la lógica del derecho debe ser consciente de su sentido creador, es decir, que vea en sí misma una actividad no sólo con fines lógicos sino que tengan la orientación de contribuir al imperio de la justicia. Y, por supuesto, el jurista tampoco debe olvidar que en cierta manera es creador del derecho y, sobre todo, del derecho justo, y que debe preocuparse en plenitud de realizarlo como tal. En este sentido, la ciencia jurídica debe ser —según Legaz y Lacambra, y estamos de acuerdo con él— *ars aequi et boni*.[463] Esto es importante y digno de tomar en cuenta, porque el jurista ha de ser una persona que piense, razone, argumente y sepa expresarse con propiedad. ¿Para qué? Para la alta misión que posee, para la cual, en verdad, debe ser un *artista* del derecho, que busque lo equitativo y lo bueno en cada caso o asunto que se le presente y acepte llevar y estudiar con toda responsabilidad. Además, como bien lo dice Recasens Siches, el verdadero jurista tiene la función de orientar las futuras normas a dictar mediante leyes o reglamentos nuevos y criticar al mismo tiempo las fallas del ordenamiento jurídico vigente.[464]

Teoría de la justicia o axiología jurídica

Este tema es fundamental y central en la filosofía del derecho, debido a que el hombre entre otras muchas expectativas, siempre busca vivir en justicia, y quiere que haya justicia en la vida social y en todo lo que se relaciona con ella, a la que él no puede renunciar. Para lograr esto, es indispensable el derecho; es el instrumento y el medio adecuado para lograr ese fin anhelado por todos. Por lo tanto, la teoría de la justicia o axiología jurídica tendrá como objeto de estudio los valores que fundamentan o generan el derecho y los fines que éste pretende y desea alcanzar, así como el análisis crítico-valorativo del derecho positivo vigente y la discusión racional sobre los valores éticos que se desea ver reflejados en el derecho para que éste pueda ser considerado como justo.

463. *Op cit*., p. 92.
464. *Filosofía del derecho*, p. 9.

Líneas arriba, al tratar de buscar el lugar que le corresponde al derecho en lo que llamamos y conocemos por *naturaleza*, asentamos que su lugar está en el reino de *la cultura*. Entre otras razones, porque es una obra humana. Y como el hombre es por naturaleza un ser para la cultura, tiene que reconocer como valioso todo aquello que es indispensable para su florecimiento. Es más, el criterio fundamental de la formación cultural, consiste en el desarrollo integral de lo específicamente humano. El derecho goza de esa categoría axiológica. Se eleva —afirma Verdross— a la categoría de un valor, como instrumento para la actualización de los valores que deriven de la organización social.[465]

En palabras de García Máynez, esta parte de la filosofía del derecho tiene por objeto estudiar los valores a cuya realización debe tender el derecho. Todo derecho tiene el *sentido* de *realizar una serie de valores*, por lo que la tendencia a tal realización es un elemento *esencial* de aquél; el examen de tales valores, lo mismo que el de su jerarquía y el de sus posibles conflictos, corresponden a la Axiología jurídica o doctrina *del deber ser* del derecho.[466] En otras palabras —como lo indica Elías Díaz—, deberá tener en cuenta, junto a lo que *es* el derecho, cómo *debe ser* éste.[467] Por lo que tendrá que elaborarse en estrecha relación con la filosofía moral o ética, la filosofía política y social, con las teorías sobre los derechos fundamentales, y con los diversos problemas que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y del derecho han surgido. Deberá reflexionar al mismo tiempo —puntualiza E. Fernández— tanto sobre los valores del derecho existente o vigente en una sociedad, como sobre los del derecho ideal, teniendo en cuenta que el derecho se mueve dentro de la dialéctica de lo legal y lo justo.[468] De igual manera, habrá que tomarse en cuenta que la teoría de la justicia como el derecho, no puede dejar de plantearse ni mantenerse al margen de los problemas prácticos morales y políticos que la sociedad origina a través de su desarrollo. Problemas como el aborto, la eutanasia, la legitimidad de la guerra, la justificación de la pena capital, el medio ambiente, la bioética, el genoma humano, etcétera.

465. *Op. cit*., p. 315.

466. *Filosofía del derecho*, p. 17.

467. *Op. cit*., p. 255. Estamos de acuerdo con lo que señala en el mismo lugar: "*la axiología jurídica aparece como una parte de la ética*"; porque un ordenamiento jurídico sin esa dimensión ética, sin un fundamento ético se convertiría en algo meramente irracional y por lo mismo carente de toda objetividad, lo que daría por resultado que su aplicación sería motivada por una absoluta arbitrariedad.

468. *Op. cit*., p. 31.

No obstante que estamos de acuerdo con E. Fernández,[469] y con E. Díaz,[470] al señalar que la teoría de la justicia es el tema central de la filosofía del derecho, también es necesario señalar que representa en sí misma una gran dificultad por el carácter emotivo que encierra la misma noción de justicia, y más aún, sus contenidos; que provienen de un hombre que vive en un contexto social particular, en una cultura determinada, todo lo cual influye en la variedad de los contenidos de justicia, adecuados y propios al momento que se vive.

Si bien, como ha escrito J. Rawls, "la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento"[471], no debemos ignorar —puntualiza E. Fernández— que nos encontramos con que los valores (y entre ellos la justicia) no pueden ser objeto de conocimiento científico, a pesar de la función tan importante que desempeñan en la vida de las sociedades.[472] Éstas —dice Rawls— rara vez se hallan bien ordenadas, ya que usualmente se encuentra en discusión lo que es justo y lo que es injusto. Cada hombre, por consiguiente, tiene una idea de justicia.[473] Lo mismo señala Kelsen al escribir: "Como la humanidad está dividida en muchas naciones, clases, religiones, profesiones, etc., a menudo, en desacuerdo recíproco, hay una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo; tantas, que resulta imposible hablar simplemente de justicia".[474] Es evidente, por lo tanto, que cada época histórica, y dentro de ella cada sociedad y cada cultura, ha tenido y tiene una imagen o idea de justicia; incluso, los contenidos de la justicia han sido y son objeto de reflexiones e interpretaciones diversas, de disenso tanto entre los individuos como entre los grupos y hasta de luchas por el poder.

Estamos de acuerdo en que la justicia no es objeto de conocimiento científico; también somos conscientes de que todas las teorías sobre la justicia y los sistemas sociales que las reflejan nos aparecen imperfectos y marcados con una buena dosis de relativismo. Pero de esto no podemos deducir como lo hizo Kelsen al afirmar que "la justicia es un ideal irracional". En su *Teoría general del derecho y del estado* dejó escrito que una teoría pura del derecho no

469. *Ibid.*, p. 32.
470. *Op. cit.*
471. *Teoría de la justicia*, p. 17.
472. *Op. cit.*, p. 32.
473. *Op. cit.*, p.19.
474. *Teoría general del derecho y del estado*, p. 9.

se opone a la exigencia de un derecho justo cuando se declara a sí misma incompetente para resolver la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, o el problema acerca de cuál sea el elemento esencial a la justicia. Una teoría pura del derecho —en cuanto ciencia— no puede contestar esa pregunta, en virtud de que es imposible en absoluto responder a ella científicamente. [...] Los sistemas de valores, especialmente el moral y su idea central de justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen.[475] La justicia es un ideal irracional.[476] Por indispensable que sea al querer y al obrar del hombre, no es accesible al conocimiento.[477]

Frente a esta postura kelseniana sobre la justicia, me uno al pensamiento de E. Fernández, al puntualizar que la discusión racional, la reflexión filosófica y el análisis crítico en torno a la idea de justicia son posibles y necesarios; porque ésa es la tarea fundamental e inexcusable de la filosofía del derecho como teoría de la justicia, en estrecha colaboración con las otras partes de la filosofía práctica.[478] A esto podemos añadir, que la pureza metodológica le impidió a Kelsen ver aspectos fundamentales de la relación derecho-justicia.

Por otra parte, no podemos negar que Kelsen tiene razón y, por lo tanto, estamos de acuerdo con él, en que es imposible responder científicamente (desde el método científico) a la pregunta sobre la justicia. Pero de ahí a deducir, como él lo hizo, que la justicia es "un ideal irracional", inaccesible al conocimiento en general, hay un abismo, pues debemos entender que podemos tener y puede existir un conocimiento racional de la justicia, aunque no sea científico. En el entendido de que para el cientificismo sólo tendrá carácter de ciencia aquello que se sujete a los pasos del método científico, que para los científicos es el método y éste —lo sabemos— no lo es todo: hay mucho en el reino del ser que no puede ser objeto de peso y medida, postulados centrales de dicho método.

Sobre el tema que estamos comentando, otro autor, Alf Ross, prácticamente se encuentra en la misma línea que Kelsen, sólo que le pone un ingrediente particular: lo emotivo. Así en su obra *Sobre el derecho y la justicia*, dejó escrito que la justicia no es una guía para el legislador, y que es imposible tener una discusión racional con quien apela a la justicia, porque nada dice

475. *Idem*.
476. *Ibid*., p. 15; *La Teoría pura del derecho*, p. 41.
477. *Idem*.
478. *Op. cit*., p. 33.

que pueda ser argüido en pro o en contra.[479] Afirmar que una norma es injusta —continúa diciendo— no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella.[480]

En relación a esta postura podemos decir, respecto al primer punto:

a. Si una ley no es justa, si con ella no se busca la justicia, en estricto sentido no es ley; como bien ha escrito Aristóteles: "Y dado que lo que ha determinado el legislador es conforme a las leyes, decimos que cada una de estas prescripciones es justa".[481]
b. Salvo que la razón esté dominada por el apetito irascible o por alguna otra pasión, de tal manera que la obnubile, que la ciegue, por lo general, para discutir, son necesarios argumentos, razonamientos que son actividades de la propia facultad racional.

Por lo que al segundo punto se refiere, sostenemos que ver en la utilización de los términos justo e injusto un significado exclusivamente emotivo es un juicio parcial y una limitación absurda. Aristóteles ya lo había dicho cuando escribió que "es particular propiedad del hombre, que lo distingue de los demás animales, el ser el único que tiene la percepción del bien y del mal, de lo justo y lo injusto y de las demás cualidades morales".[482] Menos aún, tiene razón Alf Ross al escribir que "invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto";[483] solamente una persona muy avezada podría pensar que los juicios que emita tienen esta categoría y este peso. Pero un ser humano normal deberá entender que nuestros juicios de valor sobre lo que es justo o injusto no tienen por qué ser necesariamente juicios de valor absolutos; sólo son juicios de una persona. Y como bien se expresa E. Fernández: discusión, reflexión y análisis son actividades totalmente alejadas de posturas dogmáticas y absolutas, son actividades de la racionalidad humana, condiciones previas de la elaboración y fundamentación de un sistema jurídico justo y racionalmente justificable.[484]

479. A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 267.
480. *Ibid.*, p. 273.
481. *Ética nicomaquea*, L. I, 1, 1130ª.
482. *Política*, I, c.1, 1253b.
483. *Ibid.*, p. 267.
484. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 36.

Es más, por nuestra condición de racionales no tenemos otro asidero del cual colgarnos que nuestra razón, por lo que la filosofía —afirma Muguerza— no puede renunciar sin traicionarse a meditar en torno a la razón.[485] Al rechazar la irracionalidad en la justicia y el absolutismo emotivo en los juicios que sobre ella se emitan, no pretendemos otra cosa que devolver a la teoría de la justicia —en palabras de E. Fernández— "la esperanza en la razón"; de lo contrario, marginar a la razón es condenar a muerte a la filosofía del derecho y, más concretamente, a la teoría de la justicia.[486]

Por los argumentos señalados, la filosofía del derecho no puede renunciar a tratar racionalmente el tema de la justicia, ni la teoría de la justicia puede abdicar de la racionalidad práctica. Lo primero tiene su fundamento en el propio ser y existir de la filosofía, ya que filosofar es una actividad y ejercicio propios de la razón; y desde élla se tendrá que analizar la justicia. Porque si partimos de la propia definición de filosofía del derecho expuesta en el primer capítulo, allí quedó asentado que el derecho como fenómeno social, cultural e histórico es su objeto de estudio; éste, a su vez, siempre expresará una idea de justicia; por esto mismo, la justicia es un elemento esencial del concepto de derecho. Como ha dicho en forma reiterada Legaz y Lacambra, el derecho constituye "un punto de vista sobre la justicia";[487] la justicia existe, por tanto, para ser realizada, "y el derecho existe en tanto que nace con la mira de realizar la justicia".[488] De aquí que E. Díaz enfatice que la referencia a la justicia aparece como algo inevitable al hablar del derecho, por lo que no le es indiferente implantar uno u otro modelo de orden: no cualquier tipo de organización, sino precisamente la organización que se presenta por él como la más justa posible, la considerada como tal en cada momento histórico.[489]

Lo anterior es traducido por Otfried Höffe, en las razones siguientes: se necesita derecho y justicia, en la medida en que los hombres comparten el mismo ámbito vital y por ello no pueden evitar influirse recíprocamente, al menos ocasionalmente. El derecho y la justicia afectan a las personas, no a cada una tomada aisladamente sino en su influencia recíproca, en su convivencia. En segundo lugar, se necesita derecho y justicia porque los hombres son libres en el sentido de que ellos mismos pueden fijarse fines para su

485. J. Muguerza, *La razón sin esperanza*, p. 289.
486. *Op. cit.*, p. 37.
487. *Op. cit.*, p. 341.
488. *Ibid.*, p. 360.
489. *Op. cit.*, p. 39.

hacer y omitir y determinar los medios y vías para su realización sin por ello fijarse de antemano fines exclusivamente racionales; los hombres son seres libres (racionales) precarios. Y en tercer lugar se necesita derecho y justicia porque la convivencia de los hombres, en tanto seres libres finitos, está amenazada tendencialmente. Pues seres finitos libres, por lo que respecta a la determinación y persecución de sus fines, no se encuentran necesariamente en armonía con sus congéneres, ni en sus relaciones están determinados por legalidades naturales firmes. Por ello, los hombres no viven necesariamente en una coexistencia pacífica.[490]

El segundo aspecto: "que la teoría de la justicia no puede abdicar de su racionalidad práctica", pienso que esto, hasta cierto punto es obvio, pues de qué sirve una teoría si no tiene su correspondencia en la vida real. Esta racionalidad práctica tendrá que materializarse en ciertos mínimos de justicia que hacen referencia a algo muy humano, algo que todo ser humano vive y desea que se dé: necesidades consideradas como justas, expresadas en las ideas de seguridad personal y social, igualdad esencial y jurídica, libertad igual, respeto, un medio ambiente adecuado. Ideas que en los tiempos actuales han cobrado mucha fuerza y que encontramos plasmadas en el concepto de los derechos humanos fundamentales, que hacen referencia a esas necesidades, exigencias, derechos y deberes, que no son otra cosa que *mínimos de justicia* que servirán de fundamentación tanto de los principios básicos de una sociedad como del orden jurídico que la regula.

La justicia

Hemos dicho con Elías Díaz que la referencia a la justicia aparece como algo inevitable al hablar del derecho. No solamente eso, sino que se constituye como su objetivo a realizar dondequiera que se encuentren dos seres humanos en sociedad. Incluso, el hombre ordinario, común y corriente, al margen de tecnicismos jurídicos siempre la ha vivido, desde los presocráticos hasta el día de hoy. De igual manera, en obra escrita ha habido grandes pensadores sobre este tema; ejemplo de ello lo tenemos en **Anaximandro**; **Platón**, en el diálogo de la *República o de lo justo*; **Aristóteles**, el *Libro V* de la Ética a Nicómaco; **Tomás de Aquino**, a cuyo estudio le dedica 22 cuestiones en la IIa-IIae, de la 57 a la 79 de la *Suma Teológica*; **H. Kelsen** *¿Qué es la justicia?*;

490. *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, pp. 129-130.

J. Rawls, *Teoría de la justicia*, y todos sus grandes comentaristas; **P. Ricoeur**, *Amor y justicia*; *Lo justo*; **M. Atienza**, *Tras la justicia*, entre otros; que aunque no haya habido consenso en su significado, todos buscan lo mismo cuando a ella se refieren.

Trataremos este punto en cada uno de los autores enunciados respetando el orden cronológico de aparición. Según Aranguren, nosotros no disponemos más que de un solo sustantivo: *justicia*, para designar la realización de lo justo y lo justo mismo. Los griegos, en cambio, distinguieron lingüísticamente la δικη y la δικαιοσυνη. La segunda palabra deriva de la primera, del mismo modo que la justicia como virtud se funda lógicamente en la realidad de lo justo.[491] Por lo tanto, ¿los griegos qué entendieron por δικη? El primer texto griego conocido que hace referencia a ella, la pone en relación inmediata con su contraria, la αδικια. Es el fragmento de Anaximandro que dice así: "pero cualesquiera que sean las cosas de donde procede la génesis de las cosas que existen, en esas mismas tienen éstas que corromperse por necesidad; pues estas últimas tienen que cumplir la pena y sufrir la expiación que se deben recíprocamente por su injusticia (αδικια), de acuerdo con los decretos del Tiempo".[492]

El tiempo cósmico es, en su cosmos u orden mismo, instauración de la justicia o δικη, cerramiento de todos los círculos que van abriendo las diversas injusticias o αδικιας. En el reino entero del ser, acaezca lo que quiera —escribe Jaeger—, acabará por prevalecer la justicia, y la generación y corrupción tendrán lugar de acuerdo con ella.[493] Δικη, es pues, primariamente, el orden de la φυσις, que incluye en sí el de la πολις, y que se cumple por virtud de una concepción dialéctica del tiempo; de tal modo que hay un tiempo de la αδικια o perturbación de la justicia, pero tras él hay un tiempo de la restauración o de la δικαιομα: reparación de la injusticia.[494] Por lo tanto, la primera forma bajo la que ha sido concebida la δικαιοσυνη por los griegos, no ha sido la de una virtud humana, sino la de una vindicación cósmica, divina: la νεμεσις, que en Aristóteles aparece como "el celo por la justicia es el término medio entre la envidia y la alegría del mal ajeno".[495] En la *Retórica* sí encontramos la palabra que equivale a *venganza*: τιμωρια; "Por ira y cólera

491. J. L. Aranguren, *Ética*, Biblioteca nueva, Madrid, 1997, p. 309.
492. Frg. 2. Diels, *Doxographi*, p. 476, citado por Jaeger, W, en *La teología de los primeros filósofos griegos*, p. 40.
493. *Ibid*., p. 41.
494. *Ética nicomaquea*, L, V, 7, 1135ª.
495. *Ética nicomaquea*, L, II, 7, 1108b, trad. A. Gómez, R, UNAM, México, 1983.

se hacen las venganzas".[496] Santo Tomás empleará la palabra *vindicatio*: "La *venganza* sólo será lícita cuando el que la ejecuta busca el bien del culpable por medio del castigo, como lo sería logrando su enmienda".[497]

Como hemos visto, la δικη se manifiesta en el orden cósmico. Consiste en juntura, encaje, es lo que ajusta, como señala Heidegger.[498] De esta manera, el orden del universo resulta de que cada parte se ajusta bien, tentativa y operativamente a las demás. El paso de la dimensión cósmica de la justicia a la dimensión ética de la misma, que es propiamente la δικαιοσυνη, se lo debemos a Platón, que consiste en la exigencia de que ese ajustamiento operativo que se da en el cosmos, también acontezca en las partes del alma y en los miembros de la ciudad: "conviene que cada cual preste atención a una sola cosa de la ciudad, precisamente a aquélla para lo que por naturaleza esté mejor preparado; que cada uno haga lo suyo y no tratar de meterse en cosas ajenas".[499] Este concepto amplio de la justicia también está presente en Aristóteles; pues al relacionarla con el gobernante escribe: "la justicia así entendida no es una parte de la virtud sino toda la virtud".[500]

Después de lo visto en este excurso histórico-etimológico, podemos decir, con Santo Tomás, que en definitiva la justicia consiste siempre en *iustari*, o ajustar, en el sentido más amplio del término: "La justicia implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre evidencia; en el lenguaje vulgar se dice que las cosas que se igualan se 'ajustan'".[501]

Ahora bien, ¿qué entendemos por justicia? La justicia —dice Aristóteles— es una virtud absolutamente completa porque su práctica es la de la virtud consumada. Y, en consonancia con su definición de virtud, en general, por justicia entiende "la disposición que nos hace capaces de realizar actos justos, que nos los hace realizar en efecto y que nos hace desear realizarlos".[502] Más adelante señala que "la justicia es la capacidad de discernir lo justo y lo injusto".[503] De ahí que *in lato sensu* entendamos por justicia cierta calidad que se predica del hombre y de ciertas obras que realiza.[504] De un determi-

496. *Retórica*, 1369b.
497. *S. Th.* IIa-IIae, q. 108, a.1.
498. Cfr. *Introducción a la Metafísica*, pp. 147-148.
499. "La República o de la justicia", L. IV, 432ª, *Obras completas*.
500. *Op. cit.*, L. V, 1, 1130ª, trad. Antonio Gómez, R., UNAM, México, 1983.
501. *S. Th.* IIa-IIae, q. 57, a. 1.
502. *Ibid.*, L. V, 1, 1128b.
503. *Ibid.*, L.V, 6,1133b.
504. *Cfr.* en L. V, 5, 1133b.

nado comportamiento humano se dice que es justo o injusto, y se llama justo o injusto al hombre que practica con frecuencia aquel comportamiento. En este sentido, la justicia, siendo una disposición de la voluntad —indica Javier Hervada—, no es una norma (*Sollen*) sino una cualidad, un hecho (*Sein*).[505] También se califica de justa o injusta a una ley. Podría decirse, incluso, que la justicia es un *valor*. Pero en la medida en que la justicia se predica de un comportamiento humano o del hombre que lo realiza, constituye una *virtud*. Cuando la justicia se atribuye a una creación humana constituye un *valor social*, el valor social por excelencia, el valor que define y configura como jurídica la vida social. Como virtud, en cambio, representa un valor de la vida personal, un valor altísimo, que le da la dimensión de una virtud general.

Por otra parte, en cuanto se ha pensado en la justicia con referencia al derecho, la concepción de la misma como virtud general, se ha restringido. De ahí la clásica definición (*in stricto sensu*) de justicia, la cual se le debe a Ulpiano y que retoma Santo Tomás en la IIa-IIae, q. 58, a. 1, "*constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens*": *la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien su derecho*. Esta definición encierra cierta limitación en la práctica de la justicia, pero esto hay que entenderlo dentro del derecho positivo. De esto se sigue que, quien da a otro más de lo que le corresponde conforme a un orden positivo, supera a la justicia en caridad, porque la justicia es medida y esta limitación es incompatible con el amor, como bien escribe Legaz y Lacambra.[506] Esto es totalmente cierto, pues si debemos amar al otro como a nosotros mismos, la medida del amor será *el amor sin medida*.

Como se puede observar, no hay un único criterio sobre qué sea la justicia; es decir, sobre su definición. Por ello, cuando se pregunta Kelsen *¿Qué es la justicia?*, después de recorrer un largo camino, analizando el pensamiento de varios autores, se responde a sí mismo: no sé si puedo afirmar qué es la justicia, la justicia absoluta que la humanidad desea alcanzar. Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar qué es la justicia para mí. La justicia para mí se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. *Mi* justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia.[507]

Paul Ricoeur observa que tener la justicia por una virtud, al lado de la prudencia, de la templanza, del valor, es admitir que ella contribuye a orientar

505. *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 33.
506. *Op. cit.*, p. 343.
507. *¿Qué es la justicia?*, p. 63.

la acción humana hacia un cumplimiento, una perfección de la que la noción popular de felicidad ofrece una idea aproximada.[508] Líneas adelante escribirá: La justicia ha constituido siempre un capítulo aparte en el tratado de las virtudes, en razón de un rasgo particular que anuncia el giro que conduce desde el punto de vista teleológico al punto de vista deontológico, y que hará prevalecer las ideas de obligación y de deber, y la correlativa de derecho.[509]

Elementos o características de la justicia

Todo lo que existe, todo lo que es, posee algo muy singular que le hace ser lo que es, distinguiéndose al mismo tiempo de todo lo demás. En este caso, la justicia siendo una virtud moral igual que la prudencia, fortaleza y templanza tiene algo propio que la hace diferente de ellas.

La primera característica se desprende de lo escrito en el apartado anterior; y es que, cuando se trata de justicia, lo primero que viene a la mente del ser humano es la medida, el límite sobre el objeto o bien de que se trate. Ahora bien, que tenga sentido emitir un juicio de justicia sobre un acto humano, significa que éste es susceptible de una medida impersonal; pero medida que supone, por lo menos, el respeto a la persona en lo que vale, evitando con ello la acepción de personas. Esto da lugar a otra nota que caracteriza a la justicia: la *impersonalización*, en cuanto valor social. La justicia tiene que ser así, impersonal, porque se atiene a límites, sin atender a lo que la consideración de la persona por amor le exigiría hacer. Por lo mismo, la justicia alcanza una objetivación distinta de la del amor y responderá tanto más y mejor a su esencia, cuanto más impersonal sea. Pero el que la justicia exija límite y medida, como su característica ontológica, no significa en quien la viva ninguna actitud de conformismo frente a las ordenaciones vigentes, las cuales pueden ser injustas. Por ello, Aranguren dejó escrito en su *Ética* que la virtud de la justicia es en realidad, "lucha por la justicia".[510]

Otra característica de la justicia es que ese ajustamiento tiene que ser *ad alterum*, es decir, en relación a otro, a un extraño. Una vez que ha señalado lo que la ley prescribe o prohíbe hacer en relación con los demás, Aristóteles indica que "la justicia así entendida es una virtud completa no en sí, sino por relación a otro [...] entre todas las virtudes tan sólo la justicia parece ser

508. *Amor y justicia*, pp. 37-38.
509. *Idem*.
510. *Ética*, p. 314.

un bien no personal, ya que interesa a los demás". Y termina señalando que "la justicia así entendida coincide con la virtud, pero su esencia es distinta; en la medida en que connota una relación a otro, es justicia; en la medida en que es una disposición adquirida, es absolutamente hablando, virtud".[511] El aquinatense, su comentarista por excelencia —quien al tema de la justicia le dedica 22 cuestiones en la *Suma teológica*— se pregunta si la justicia se refiere siempre a otro; a lo que responde:

> según lo expresado antes [se refiere a la q. 57], como el nombre de "justicia" entraña igualdad, es de esencia de la justicia el referirse a otro porque nada es igual a sí, sino a otro [...]. La justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos. Y, por ende, *no existe sino de un hombre a otro*. Aunque metafóricamente se dice que en un solo y mismo hombre reside la justicia, en cuanto la razón manda a lo irascible y concupiscible y éstos obedezcan a la razón; y universalmente, en que se atribuye a cada parte del hombre lo que es propio de éste.[512]

Aquí encontramos otra diferencia con el amor, en el que la persona no es ningún extraño, no es algo ajeno; por ejemplo, el padre y el hijo, el esposo y la esposa, el novio y la novia, los amigos.

El *ser propio* de la justicia, es decir, el tenerse que dar con relación a otro, le confiere una característica especial, y es que incluso como virtud de la vida personal, se orienta hacia lo objetivo y social. De ahí que Radbruch distinga entre *justicia subjetiva*, es decir, la justicia como virtud, como cualidad personal, y *la justicia objetiva*, la justicia como propiedad de una relación entre personas. La primera será la intención dirigida a la realización de la segunda. Por tanto, la justicia objetiva constituye la forma primaria y la justicia subjetiva la forma secundaria de la justicia.[513] No olvidemos, por lo mismo, que los griegos la proyectaban hacia la vida de la ciudad. Pero no obstante esto, la justicia ocupa un rango inferior en el cuadro de las virtudes, como bien dice Nicolai Hartmann, en su *Ethik* que "el deber ser no expresa en la justicia un *maximum*, sino un mínimo de exigencias éticas".[514]

Podría dar la impresión que según lo que hemos escrito, a la justicia sólo le correspondería hacer valer ciertos preceptos negativos: no matarás,

511. *Ética nicomaquea*, L. V, 1, 1130ª.
512. *Op. cit.*, q. 58, a. 2.
513. *Op. cit.*, p. 31.
514. *Ethik*, 383, citado por Legaz y Lacambra, *op. cit.*, p. 345.

no hurtarás, etc. Por lo que con ella no se trataría de edificar, de construir, sino tan sólo de conservar bienes elementales como la vida, la familia, la propiedad. Pero debemos entender que su esencia no se agota en esos aspectos negativos, ya que ella contiene algo sumamente positivo: el aseguramiento de la esfera de libertad de las personas. En este sentido debemos entender lo que significa la afirmación de que donde hay ley es allí donde se puede encontrar la libertad. A contrario sensu, ¿qué podríamos hacer en una situación donde hubiera una absoluta anarquía? ¿Quién sería libre? Nadie podría gozar de libertad; en el entendido que ser libre no consiste —como dicen algunos— en hacer lo que me da la gana; menos aún, en la capacidad de elegir entre un bien y un mal; ni tampoco significa que mi libertad termina donde empieza la del otro, puesto que hacer el bien no tiene límite; y en eso, precisamente, consiste la libertad: en la búsqueda y realización del bien. Pero dada la fragilidad humana, la afirmación anterior tiene sentido cuando se sostiene también, que el derecho al limitar la libertad la protege para que todos puedan disfrutar de ella. Dirá J. Rawls, "la libertad sólo puede ser limitada a favor de la libertad misma, esto es, sólo para asegurar que la misma libertad, u otra libertad diferente, sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera".[515]

Por otra parte, con la justicia, el hombre aprenderá a valorar a la persona; y, no sólo eso, sino que la misma justicia hace posible la creación del ambiente adecuado y propicio para que en la sociedad el hombre pueda vivir los valores más excelsos y sublimes: sin justicia no es posible la paz, la tranquilidad, la seguridad, el orden, etc. Lo que quiere decir, que, la justicia marca y en ella misma se encuentra el límite entre la esfera personal y la social del hombre; al mismo tiempo que hay que entenderla como una categoría ética que por naturaleza pide su institucionalización y socialización. Pero que al ser un valor social tendrá que comprometer a la persona para que lo viva, y en este sentido se convertirá en criterio valorativo de los actos humanos del hombre en su vida social.

Finalmente, la justicia, atendiendo a su definición clásica, comprende el dar a cada quien su derecho *ius suum*, lo que se le debe, lo debido. Aristóteles lo sostiene en diversos lugares de la *Ética nicomaquea*, sobre todo, en el Libro V dedicado a la justicia; por lo que escribe lo siguiente: "...es evidente que la acción justa ocupa el término medio entre la injusticia que se comete y

515. *Teoría de la justicia*, p. 195.

la que se padece, consistente aquélla en obtener más de lo debido y ésta en obtener menos de lo debido".[516] "Cuando el todo está dividido con igualdad, todos reconocen tener lo que les corresponde".[517] Santo Tomás, por su parte escribe: "la materia de la justicia es la operación exterior, en cuanto que esta misma, o la cosa que por ella usamos, es proporcionada a la que somos ordenados por la justicia. Ahora bien llámase suyo —de cada persona— lo que *se le debe* según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo".[518]

La justicia y la equidad

La justicia —dice Radbruch— entraña una tensión incancelable: su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad. Esta justicia proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de *equidad*. Sin embargo, el postulado de la equidad no puede llegar a realizarse nunca por entero; una justicia individualizada es una contradicción consigo misma, pues la justicia requiere siempre normas generales.[519] Solidario con esta idea de Radbruch, Kaufmann señala que no es acertado que la equidad sea la justicia del caso concreto. Toda norma debe generalizar. Una norma que concretiza, una norma propia para éstos, otra norma propia para aquéllos, una tercera norma propia para los terceros, es en sí una contradicción, eso no son normas.[520] A *contrario sensu*, Aristóteles escribirá: "La naturaleza propia de la equidad está en corregir la ley, en la medida en que ésta resulta insuficiente, a causa de su carácter general".[521] Al tomar en cuenta este texto, Radbruch observa que en él sólo encontramos que justicia y equidad no son distintos valores, sino distintos caminos para llegar al valor uno del derecho. La justicia ve el caso singular desde el punto de vista de la norma general, la equidad busca en el caso singular su propia ley, que al mismo tiempo y finalmente debe tolerar su conversión en ley general, ya que en fin de cuentas, la equidad como la justicia

516. *Ética nicomaquea*, L. V, 5, 1133b.
517. *Ibid.*, 1132b.
518. *S. Th*, Ia-IIae, q. 58, a. 11.
519. *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 33. En Derecho penal, sabemos que es necesario *individualizar* la pena y de esta manera hacer justicia.
520. Kaufmann A., *Filosofía del derecho*, p. 301.
521. *Ética nicomaquea*, 1137b.

es de naturaleza generalizadora. La equidad es la justicia del caso concreto y por eso su consideración no le obliga a variar su fórmula jurídica: el derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia.[522]

Considerada objetivamente, para Kant la equidad no es en absoluto un motivo de apelación a la obligación ética de otros, a su benevolencia o bondad, sino que aquél que exige algo basado en la equidad se apoya en su derecho, y lo único que ocurre es que le faltan las condiciones necesarias, de acuerdo con las cuales el juez podría determinar en qué medida o de qué manera deberían serle satisfechas sus pretensiones.[523] Más adelante escribe:

> El lema (*dictum*) de la equidad, es verdad, reza que "el Derecho más estricto constituye la mayor injusticia" (*summum ius summa iniuria*), pero este mal no puede remediarse por una determinación acerca de lo que sea Derecho en el caso, pues aunque se trata de una exigencia jurídica, ésta aquí pertenece tan sólo al fuero de la conciencia (*forum poli*), mientras que toda cuestión acerca de lo que es Derecho en un caso concreto tiene que hacerse valer ante el Derecho positivo.[524]

Santo Tomás siguiendo a Aristóteles, señala que

> observar estrictamente la ley en algunos casos particulares, es evidentemente contra la igualdad de la justicia, y contra el bien común, el cual es el fin de la propia ley. Por lo tanto, en estos casos particulares debe considerarse como malo el seguir las palabras de la ley, y como bueno que dejadas a un lado estas palabras, se atienda a lo que pide la razón de justicia y la utilidad común. A obtener este último resultado, se ordena la equidad[525].

La define como "la moderación de las disposiciones de la ley, en algunos casos particulares, mediante su conmensuración o armonía con la suprema igualdad de la justicia natural".[526]

En algún lugar hemos escrito que el juez es una pieza esencial e indispensable del orden jurídico positivo. Claro que el juez debe obediencia a las leyes; éstas no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que se les dé. Y el intérprete más indicado es el juez, quien debe

522. G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, pp. 47-48.
523. *Introducción a la Teoría del Derecho*, p. 51.
524. *Ibid.*, p. 52.
525. *La justicia. Comentarios al Libro Quinto de la Ética a Nicomaco*, p. 233.
526. *Ibid.*, p. 235.

realizar esta función de tal manera que lleve a la individualización más justa de la norma general y que conduzca también a la solución más justa entre todas las posibles. Es decir, la interpretación por *equidad*.[527]

En los últimos tiempos un pensador de quien no puede hacerse caso omiso es John Rawls, haciendo extensiva la opinión de R. Nozick: "Ahora los filósofos políticos tienen que trabajar según la *Teoría de la justicia* de Ralws, o bien, explicar por qué no lo hacen".[528] Aristóteles —como veremos más adelante— distinguió la igualdad proporcional de la igualdad aritmética; en Rawls encontramos —observa P. Ricoeur— la tentativa que consiste en salvar la ecuación entre justicia e igualdad en los repartos desiguales, pidiendo que el aumento de la ventaja del más favorecido sea compensada por la disminución de la desventaja del más desfavorecido.[529] Correlación que Aristóteles ya había anticipado: "Reconoceremos, pues, que hay que quitar alguna cosa al que tiene más para añadirla al que tiene menos".[530]

La obra que hemos citado de J. Rawls, la *Teoría de la justicia*, se ha constituido en el parteaguas sobre el tema de la justicia, de tal manera, que marca un antes y un después en esta materia. Rawls se sitúa manifiestamente en la tradición Kantiana antes que en la de Aristóteles. Según P. Ricoeur, la justicia comprendida por Aristóteles como una virtud particular, a saber, la justicia distributiva y correctiva obtiene su sentido, como las otras virtudes, en el marco *teleológico* del pensamiento que la coloca en relación con el bien; con Kant se da una inversión que da prioridad a lo justo sobre lo bueno, de tal modo que la justicia adquiere su sentido en un marco *deontológico* del pensamiento.[531] Ahora bien, mientras que con Kant la idea de lo justo se aplica sobre todo a las relaciones de persona a persona, con Rawls la justicia se aplica principalmente a las instituciones, y sólo a título secundario a los individuos y a los estados nación; así lo ha escrito: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento".[532]

Otro punto importante que es necesario resaltar dentro de su teoría es la primacía que le da a la justicia sobre el bien. Desde el momento que su teoría es deontológica (influencia kantiana), la justicia estará por encima del

527. R. V. Ruiz, *Teoría de la ley penal*, p. 102.
528. *Anarquía, Estado y utopía*, p. 183.
529. *Amor y justicia*, p. 24.
530. *Ética nicomaquea* L. V, 4, 1132b.
531. *Lo justo*, p. 75.
532. *Teoría de la justicia*, p. 17.

bien: “mientras que el utilitarismo es una teoría teleológica, la justicia como equidad (*fairness*) no lo es; por el contrario, es una teoría deontológica, que no especifica el bien independientemente de la justicia, o no interpreta lo justo como maximización del bien”.[533] “Para realizar nuestra naturaleza —dirá más adelante— no tenemos más alternativa que proteger nuestro sentido de la justicia para que rija nuestros restantes objetivos”.[534] Es evidente que el primado de lo justo sobre lo bueno es algo que Rawls defiende clara y abiertamente: “No hay modo de sobrepasar la racionalidad deliberativa. Invertiríamos, pues, la relación entre lo justo y lo bueno propuesta por las doctrinas teleológicas y consideraríamos lo justo como prioritario. La teoría moral se desarrolla actuando en sentido contrario.[535] La prioridad de la justicia sigue presente en su pensamiento de tal manera que años después de la *Teoría de la justicia* escribe: “La idea de la prioridad de lo justo es un elemento esencial de lo que he llamado ‘liberalismo político’, y desempeña un papel central en la justicia como imparcialidad como una de las formas de ese punto de vista”.[536] Pero esta prioridad de lo justo no niega el concepto de bien, ya que lo justo y el bien son complementarios: ninguna concepción de la justicia puede derivar totalmente de lo justo o del bien, sino que ambos deben combinarse de manera definida.[537]

Como hemos visto, el mismo Rawls califica a su *Teoría de la justicia* como deontológica, pero es una deontología —apunta Ricoeur— sin fundamentación trascendental. Porque la función del contrato social (figura que maneja ampliamente en su calidad de hipotético), es derivar los contenidos de los principios de justicia de un procedimiento equitativo (*fair*) sin compromiso alguno respecto de los criterios objetivos de lo justo. Dar una solución procedimental a la cuestión de lo justo, tal es el fin declarado de la *Teoría de la justicia* de Rawls. Un procedimiento equitativo con la finalidad de un ordenamiento justo de las instituciones, esto es lo que exactamente significa el título del capítulo I: “La justicia como equidad (*fairness*)”.[538]

533. *Ibid.*, pp. 40-41.
534. *Ibid.*, p. 518.
535. *Ibid.*, p. 506.
536. *Liberalismo político*, p. 171.
537. *Idem*.
538. *Op. cit.*, p. 78.

División de la justicia

Aristóteles es la fuente de inspiración en este punto. De él procede la división de la justicia que ha pasado a ser herencia común de la humanidad. Aunque comienza su tratado sobre la justicia (L. V de la *EN*) con una breve noción inductiva de la misma, pasando en seguida a tratar el binomio: justicia-injusticia generales, en él encontramos lo siguiente: "En lo que se refiere a la justicia parcial (particular) y al derecho que de ella deriva, tiene un primer aspecto distributivo (justicia distributiva), que consiste en la distribución de los honores, las riquezas o todas las demás ventajas que pueden corresponder a todos los miembros de la comunidad".[539] Esta distribución deberá ser de acuerdo con los méritos de las partes y a las aportaciones de cada uno; se dará por lo tanto, de acuerdo con una proporción, pero proporción geométrica.[540] El otro aspecto es el que se refiere a la justicia relativa a los contratos, la justicia correctiva (justicia conmutativa).[541] Aquí se aplicará la proporción aritmética, porque lo justo en los contratos consiste en una cierta igualdad.[542]

Si hay una justicia particular —continúa diciendo el estagirita— cuyo objeto es *lo igual*: το ισον, ha de darse también una justicia general o legal, cuyo objeto es, señala Aristóteles, *lo justo*: δικαιον το τε νομιμον, lo que está prescrito por la ley.[543] "Las leyes se promulgan en todas las materias mirando ya al interés de todos en común, ya al interés de los mejores o de los principales;" "...por ello llamamos con una sola palabra, lo justo, δικαιον, a lo que produce y protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política".[544] En la *Gran Ética* en forma expresa indica que "uno de los aspectos de la justicia es la justicia legal, porque los hombres dicen que lo que prescribe la ley es justo".[545]

Santo Tomás, como en otros puntos a que dedica su estudio, también en lo que se refiere a la justicia, tiene presente a Aristóteles. La *alteridad* es uno de los rasgos característicos de la justicia, como hemos visto antes. Pues bien,

539. *Ética nicomaquea*, L. V, 2, 1131ª.
540. *Ibid.*, 1131b.
541. *Ibid.*, 1131ª.
542. *Ibid.*, 1131b.
543. *Ética nicomaquea*, 1130b, trad. Antonio Gómez Robledo, UNAM, México, 1983.
544. *Ibid.*, 1129b.
545. *Gran Ética*, 1193b.

este *otro*, este *alter* puede tener diversos rostros, hacia los cuales deberá ordenarse la justicia. Así pues, tomando en cuenta lo escrito por Aristóteles sobre las especies de justicia, el Aquinatense dirá que este *ordo iutitiae* es triple: *ordo partium ad partes*, *ordo totius ad partes* y *ordo partis ad totum*.[546] El **primero**, *el orden de las partes a las partes*, es dirigido por la *justicia conmutativa*, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas, cuya realización frecuente se da en los contratos. El **segundo**, *del todo a las partes*; es decir, el que se da entre la comunidad (el Estado) y cada una de las partes individuales; este orden es dirigido por la *justicia distributiva*, que reparte proporcionalmente los bienes comunes, en proporción geométrica: al que tiene más se le da menos y se le pide más; y al que tiene menos se la da más y se le pide menos. Respecto a esta especie de justicia, Walzer hace una connotación peculiar, ampliando su radio y horizonte de aplicación, al indicar que "la idea de la justicia distributiva guarda relación tanto con el ser y el hacer como con el tener, con la producción tanto como con el consumo, con la identidad y el status tanto como con el país, el capital y las posesiones personales. Ideologías y configuraciones políticas distintas —escribe— justifican y hacen valer distintas formas de distribuir la pertenencia, el poder, el honor, la eminencia ritual, la gracia divina, la afinidad, el amor, el conocimiento, la riqueza, la seguridad física, el trabajo y el asueto, las recompensas y los castigos, y una serie de bienes más estrecha y materialmente concebidos, como alimentación, vestimenta, refugio, transporte, atención médica".[547] El **tercero**, *de las partes al todo*, a la *justicia legal* pertenece ordenar al bien común todas las cosas que son de las personas privadas; como es lo relativo a los impuestos y cargas tributarias.[548] De esto último se deduce que la justicia es una virtud general, pues no sólo ordena todas las cosas al bien común, sino que "hace lo mismo —señala Aristóteles— respecto de las demás virtudes, virtudes que ella manda practicar. En la justicia se halla contenida toda otra virtud".[549] Así, dirá Santo Tomás:

> los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia, en cuanto ésta ordena al hombre al bien común. En este sentido, se le llama a la justicia virtud general. Y, puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, síguese que tal

546. *S. Th*. IIa-IIae, q. 61, a.1.

547. M. Walzer, *Las esferas de la justicia,* p. 17.

548. IIa-IIae, q. 61. a. 1.

549. *Ética nicomaquea,* 1130ª.

> justicia, denominada "general", en el sentido expresado, es llamada "justicia legal", esto es, por la que el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien común.[550]

Algo que me parece muy interesante resaltar aquí es el hecho de que a partir del siglo XIX, por diversos motivos y circunstancias, se comenzó a hablar de otra especie de justicia, la que en el transcurso del siglo pasado, como en el actual, ha adquirido una relevancia tal, que casi no se menciona ninguna otra de las que conforman la división clásica: es la *justicia social*; denominación de la cual ya daba cuenta el "viejo Aristóteles", quien se expresa así:

> La justicia en el trato con nuestros prójimos es algo distinto de la justicia legal; la justicia, vista en nuestro trato con otro, no puede ser simplemente ser justo uno en sí mismo. Este es el principio de la justicia social y la virtud de la justicia, que tiene por campo la vida social. [...] Hablando en un sentido amplio, la justicia puede definirse como una igualdad, pues la injusticia es una desigualdad. Por consiguiente, ya que la injusticia se funda en unas condiciones de desigualdad, la justicia existirá, cuando nuestro trato mutuo tenga lugar en una igualdad de condiciones.[551]

Como podemos ver, Aristóteles no estaba lejos de aquello de lo que ahora se habla con tanta insistencia cuando de esta justicia se trata: del reparto más equitativo de las riquezas; ver por los más débiles y más necesitados; atender a los más desprotegidos. En este sentido, según Millán Puelles, la justicia social generalmente se nos aparece bajo la única forma de la justa distribución de la riqueza. Pero esta distribución no es sólo un objetivo a conseguir, sino también algo que preservar de los ataques que puedan sobrevenirle a una sociedad que no por haber logrado esa distribución está ya totalmente inmunizada de vicios y corrupciones.[552] Líneas más adelante —Aristóteles reafirma lo que ha dicho antes—: "la justicia social consiste principalmente en una igualdad, porque los ciudadanos son partes todos de una comunidad y admiten una paridad fundamental, aunque difieran sus caracteres".[553] Al respecto, Millán Puelles escribe: "La justicia consiste, en la igualdad entre lo que realmente se le hace a un hombre y lo que, por virtud

550. IIa-IIae, q. 58. a. 5.
551. *Gran Ética*, 1194ª.
552. Millán, P. A., *Persona humana y justicia social*, p. 75.
553. *Ibid.*, 1194b.

de los derechos que posee, se le debe hacer".[554] De esta manera, la justicia social no es tan sólo un sistema de derechos, sino también un conjunto de deberes, respecto de los bienes materiales: la justicia requiere que todos los miembros de la sociedad participen proporcionalmente en los beneficios y en las cargas que engendra la convivencia.

A la puesta en práctica de esta especie de justicia se encamina —me atrevo a sostener—, la *Teoría de la justicia* de J. Rawls; en ella, de modo particular y directo, el segundo principio de justicia elaborado por él mismo, al escribir: "Las desigualdades sociales y económicas han de ser estructuradas de manera que sean para: *a*) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y *b*) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades".[555] Principio, al que refuerza escribiendo lo siguiente: "Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidas de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados".[556]

Los valores

¿Por qué hablar aquí de los valores? Al investigar sobre la justicia, entre otras cosas quedó asentado que es una cualidad, una virtud, pero también un valor. Por ello y por otras razones, que se expondrán, considero que sí es oportuno y conveniente hablar aquí del valor; punto que será objeto de estudio en los siguientes apartados.

El término *valor* parece ser una expresión verbal equívoca; se usa y se emplea de manera indistinta, como cuando se trata del precio de una mercancía, se pregunta cuánto vale, dándole al respecto un significado meramente económico; en el mismo tono se habla de la bolsa de valores o, también, cuando se dice que una obra de arte es de gran valor o es valiosa, o que ciertas acciones son valiosas, o que un hombre es valiente porque tiene mucho valor. Pero, junto a estos significados, lo que aquí nos interesa es el valor en su sentido moral.

554. *Op. cit*., p. 60.
555. *Teoría de la justicia*, p. 280.
556. *Ibid*., p. 281.

Al estudiar este tema, como tantos otros, nos tenemos que remontar a Aristóteles, ya que en él encontramos su fundamento filosófico, pues al tratar de estudiar el ***ser***, particularmente en la *Metafísica*, habla de los llamados *conceptos trascendentales* (término no usado por él), que son a la manera de ciertos atributos, propiedades o rostros, caras, aspectos, a través de los cuales se manifiesta el ser, y gracias a ellos lo sentimos más cerca de nosotros, se nos hace más familiar. Generalmente a esos atributos se les llama trascendentales, propiedades trascendentales[557] —indica de Finance— porque, lo mismo que el ser al que acompañan, trascienden todos los géneros, no siendo privilegio de ninguno y verificándose proporcionalmente de todos ellos.[558]

¿Cuáles son esos trascendentales? Diversos autores coinciden en afirmar que fueron los escolásticos quienes enumeraron los trascendentales. Así, W. D. Ross escribe: "ser" no es un atributo que pertenece exactamente en el mismo sentido a todo lo que es. Existe sólo un género de ser que es en el más estricto y completo sentido de la palabra, a saber: la substancia; y todos los otros objetos son simplemente en virtud de una relación definida con la substancia en tanto que cualidades de la substancia, relaciones entre substancias. Y lo que es verdadero del ser lo es igualmente de la unidad: todo lo que es uno, y lo que es uno es, y el término unidad tiene diferentes sentidos, aunque conexos, según se trate de la unidad de substancia, de cualidad, de cantidad. "Ser" y "unidad" son términos que están por encima de la distinción de las categorías y son aplicables en cada categoría.[559] A estos términos se debe agregar el término "bien"; pero "bien" no está en el mismo caso; se aplica a toda categoría,[560] pero no a todo lo que es. Partiendo de tales indicaciones —señala— los escolásticos desarrollaron la doctrina de los trascendentales: *ens, unum, verum et bonum*.[561] Raeymaeker, por su parte, anota, que fue Alejandro de Hales (-1245) quien inspirándose en la filosofía árabe expone sus ideas sobre los trascendentales: hay tres atributos del ser: lo uno, lo verdadero y el bien. La unidad, la verdad y la bondad de las criaturas se

557. La palabra *trascendental* se emplea aquí para designar la extensión absolutamente universal de ciertas ideas, como la idea de ser. La idea de ser, por tanto, trasciende a los géneros y a las especies, por su extensión, que lo engloba todo, es irreductible a la extensión limitada de las especies y de los géneros; es decir, que es imposible pasar progresivamente de la extensión de las categorías a la extensión ilimitada de la idea de ser.

558. J. de Finance, *Conocimiento del ser*, p. 96.

559. *Metaf.* L. IV, 1,2.

560. *Ética nicomaquea*, 1096.

561. W. D. Ross, *Aristóteles*, pp. 224-225.

explican por su semejanza con Dios, causa eficiente, ejemplar y final.[562] J. de Finance comparte la misma idea al señalar que "Unidad, verdad y bondad se presentan como las tres propiedades universales del ser, sus 'afecciones' (pasiones), según decían los escolásticos".[563]

Podemos decir al respecto que, aunque el término *trascendentales* no lo encontramos *expresis verbis* en Aristóteles —como lo indicamos líneas antes—, sí se encuentran en él en forma implícita, por la forma en que describe cada uno de ellos: Así, en el L. VII de la *Metafísica* escribe: "La unidad se entiende como el ser".[564] "Ahora bien, si el Ente y el Uno son lo mismo y una sola naturaleza porque se corresponden como el principio y la causa, no lo son en cambio como expresados por un solo enunciado [...]. El Uno no es otra cosa al margen del Ente".[565] En otro lugar escribe: "no es posible que sea un género de los entes ni el Ente ni el Uno".[566] En la misma línea, sobre la verdad escribe: "de suerte que cada cosa tiene verdad en la misma medida en que tiene ser".[567] En relación al bien no se encuentran textos explícitos como los anteriores; sin embargo, en la *Ética nicomaquea*, después de exponer la definición del bien como "aquello a que tienden todas las cosas",[568] más adelante, en el capítulo seis escribe: "Por lo demás, el bien connota tantas diferencias como el ser".[569] En la *Metafísica* sólo se encuentran atisbos sobre este punto: "y con todo, en todos los seres, el principio por excelencia es el bien mismo".[570]

Ahora bien ¿qué relación existe entre los conceptos trascendentales y el ser? De lo escrito se desprende que existe una identidad ontológica entre el *ser* y los conceptos trascendentales: la unidad, la verdad y la bondad con el ser; son uno y lo mismo: *convertuntur inter se* (se convierten entre sí). No obstante que Aristóteles solamente lo diga en forma directa de la unidad y el ser: "Pues, aunque no sean absolutamente lo mismo, sino algo distinto la unidad y el ser (lógicamente), son con todo convertibles en-

562. Cfr. *S. Th.*, p. I, inq. 1, tract. 3, q 1, init. Citado por Raeymaeker, *Filosofía del ser*, p. 256.
563. *Idem*.
564. 1030b.
565. *Metaf*. Γ, 2, 1003b. Cabe indicar que Aristóteles no distinguió propiamente *ser* de *ente*, por eso en las traducciones que existen de la Metafísica, por lo general se encuentra el término "*ente*".
566. *Ibid.*, B, 3, 998b.
567. *Ibid.*, A ΕΛΑΤΤΟΝ, *Metaf.*, liber II, 993b.
568. *Ética nicomaquea*, L. I, 1, 1094ª.
569. *Ibid.*, 1096b.
570. L. XII, 10, 1004b.

tre sí (ontológicamente). Y en cierto sentido, la unidad es el ser, y el ser es la unidad";[571] por lógica se sigue que lo mismo es aplicable a los otros dos: la unidad, la verdad y la bondad son ser; el ser es uno, verdadero y bueno; lo uno es verdadero y bueno, y así sucesivamente. En cambio, lógicamente (como lo ha asentado Aristóteles) son distintos, ya que los trascendentales le añaden al ser notas que en sí mismo no tiene; por ejemplo la inteligibilidad y la apetibilidad de parte de la verdad y la bondad, respectivamente, en relación con la inteligencia y la voluntad de las cuales son su objeto.

Para el tema que estamos tratando nos interesa de modo particular la bondad o el bien, porque a través de él el ser nos aparece como deseable, como apetecible. Así lo expresa Raeymaeker:

> En el lenguaje corriente, el término *bien* designa, en primer lugar, *lo que agrada*, es decir, el sentimiento placentero que notamos, así, como todo factor capaz de provocarlo. Por ejemplo, que tal alimento tiene un sabor exquisito, que tal música acaricia al oído, que tal acontecimiento produce una impresión excelente: todo es *bueno*.[572]

Ya lo decía Aristóteles, como lo expusimos líneas arriba: "bien es aquello a lo que tienden todas las cosas".[573] No se trata de un objeto o de una forma o cualidad única, hacia la cual tenderían todos los deseos: el bien, como el ser, se dice de diversos modos; no se le puede reducir a una noción unívoca. Adquiere un sentido diferente para cada categoría y, para cada ser, es bueno aquello que responde a su inclinación. El bien es una noción análoga en sentido estricto.[574] Esto lo traduce Raeymaeker con suma claridad cuando escribe: "La idea del bien trascendental es analógica, como la del ser. Puesto que el modo de ser varía de una realidad a otra, la bondad ontológica de los seres no es jamás la misma de una manera absoluta, sino sólo de manera analógica: cada realidad ocupa su puesto particular en el orden del ser". [575] ¿Cómo llegamos a desearlo? Es común decir que "nadie ama lo que no conoce". El viejo Aristóteles, como buen empirista ya lo decía: "Lo que sí es seguro es que hay

571. *Ibid*., L. XI, 3, 1061ª.

572. *Op. cit*., p. 240.

573. *Ética nicomaquea,* L. I, 1094a.

574. *Ética nicomaquea,* L. I, 6, 1096b. En relación a este texto, señala de Finance, y estamos de acuerdo, que Aristóteles deja aparentemente sin resolver la cuestión de saber si el bien se dice por relación a un principio o a un fin únicos, o según una proporción; pero su pensamiento no parece dudoso. *Op. cit*.

575. *Op. cit*., p. 244.

que partir de lo que es conocido. [...] hay que partir de lo que nos es conocido a nosotros".[576]

Para responder a la pregunta planteada, nos ayuda el poder acercarnos al bien por dos caminos: desde la causalidad formal y desde la causalidad final. Tomando en cuenta lo que ha dicho Aristóteles, por la causalidad formal conoceríamos al bien, en todos sus atributos, cualidades y propiedades que lo especifican, que lo identifican, manifestando con ello su riqueza, su grandeza. Una vez que se ha logrado esto, el sentimiento que nace en el sujeto, en el hombre, es de admiración, un maravillarse, un extasiarse, frente a lo que es el bien, en todo su esplendor. Por eso, cuando el hombre llegue a saber lo que es la honestidad, la justicia, la libertad, la estudiosidad, por ejemplo, podrá maravillarse de ellas. Pero esto no es suficiente. Pues de qué le valdría a un hombre ser un teórico, un sabedor por excelencia de la justicia, si no la vive ni la practica. Razón por la cual es necesario el paso de la contemplación a la praxis. Esto sucede cuando el bien ya no solo es admirado sino que es visto bajo la perspectiva de la actividad y del ejercicio, es decir, bajo el prisma de la causalidad final. En esta situación, el hombre ya no se satisface ni se contenta con contemplar y admirar el bien, sino que se suscita en él un sentimiento de persecución porque quiere tenerlo, quiere poseerlo. Dirá Aristóteles: "Todos, en efecto, miran a un determinado bien y buscan lo que hace falta para obtenerlo".[577] ¿Por qué este afán por obtenerlo?

> Porque el bien para toda acción y toda elección deliberada es el fin, puesto que de cara a este fin realiza todo mundo las demás acciones. Además, si para todas las acciones posibles existe un fin, sea cual fuere éste, será el bien realizado. Este bien tiene que ser el más perfecto, el que se basta a sí mismo, y el que debe siempre poseerse por sí mismo.[578]

Santo Tomás puntualizará esto diciendo: *bonum habet rationem finis*.[579] Según esta secuencia, podemos decir que la posesión del bien por parte del sujeto, se logra porque, al dirigir hacia él todas sus acciones, lo considera como fin a alcanzar porque representa para él algo valioso.

576. *Ibid*, 1095ª.
577. *Op. cit*., 1096b.
578. *Ibid*., 1097ª.
579. *S. Th*, I, q. 6, a. 2, ad. 2. "El bien tiene razón de fin".

Teorías sobre los valores

En relación a este tema, son muchas las teorías que de ellos se ocupan; pero nos centraremos en las siguientes: flosofía tradicional, filosofía axiológica y filosofía subjetivista-fenomenológica.

Filosofía tradicional, aristotélico-tomista: del pensamiento aristotélico sobre el bien, se desprende que el valor es tan objetivo y consistente como el bien y el ser; de esta forma podemos decir que, así como el bien es un rostro del ser, de la misma manera el valor es un rostro del bien. Santo Tomás, que se apega al pensamiento de Aristóteles, ha escrito: "Todo ente, en cuanto es ente, es bueno";[580] y como citamos anteriormente, que el bien tiene razón de fin, podemos concluir esto diciendo que no hay divorcio o separación entre el valor y el bien ni entre el valor y el ser: si el bien es un rostro del ser y el valor es un rostro del bien, por consiguiente, el valor es ser.

Filosofía axiológica: su representante es Max Scheler, para quien los valores son cualidades independientes de los bienes.[581] Los bienes son cosas valiosas.[582] Esta independencia de lo empírico es total, de ahí que los valores sean cualidades *a priori*. Ahora bien, ¿cómo captamos los valores? Scheler discrepa de Platón no sólo en la crítica que le hace,[583] sino al comparar los respectivos modos de captación de los valores. Platón es intelectualista; Scheler, en cambio, se opondrá a toda forma de intelectualismo, yéndose más bien por la línea iniciada por San Agustín y Blas Pascal: hablará algunas veces del *orden del corazón* y otras de la *lógica del corazón*.[584]

Dice Frondizi: la relación o trato que podemos tener con un objeto nos revela la naturaleza del mismo. Ahora bien, ¿qué trato podemos tener con los valores?[585] Hay una fase en la captación de los valores —señala Scheler— en la cual nos es dado ya, clara y evidentemente, el valor de una cosa, sin que nos estén dados aún los depositarios de ese valor.[586] Así, la inteligencia es ciega para captar los valores, motivo por el cual necesitaremos de otro medio para captarlos: el valor —sostiene Scheler— tiene que estar dado

580. *S. Th*, I, 5, a. 3.
581. *Ética*, p. 63.
582. *Ibid.*, p. 53.
583. *Ibid.*, pp. 247-250.
584. *Cfr*, *Ibid.*, pp. 356-359.
585. R. Frondizi, *¿Qué son los valores?*, p. 41.
586. *Op. cit.*, p. 63.

intuitivamente;[587] la emoción y el sentimiento se constituirán como otros medios para captar los valores.[588] Hay una especie de experiencia —puntalizará— cuyos objetos son enteramente inaccesibles a la razón; para esos objetos la razón es tan ciega como pueda serlo el oído para los colores; pero ese tipo de experiencia nos presenta auténticos objetos "objetivos" y el orden eterno que existe entre ellos, a saber: los valores y su orden jerárquico.[589] Raymond Ruyer sostiene lo mismo al escribir: "es dentro de sí mismo donde el sujeto puede captar el valor por intuición".[590]

Al planteamiento anterior podemos añadir que, en un mundo en el que sólo hubiera inteligencia y no apetitos, se revelaría únicamente la verdad, mas no el bien ni el valor. El conocimiento axiológico es *a priori,* mas no se trata —afirmará García Máynez— de una aprioridad reflexiva o intelectual, sino emocional e intuitiva.[591] Más adelante, sobre las intuiciones estimativas, apunta que sucede lo propio que con el conocimiento matemático. No todo el mundo es capaz de tenerlas, esto es, de ver las cosas como realmente son. A ciertos sujetos puede faltarles la capacidad valoradora, la madurez ética para sentir y juzgar certeramente. Lejos de que tales deficiencias destruyan la tesis del ser en sí de lo valioso, más bien la confirman; pues la generalidad y objetividad que atribuimos a los juicios estimativos no implican que cualquiera sea capaz de intuir lo que vale y lo que carece de valor. Lo que aquella atribución supone es solamente que el sujeto capaz tendrá siempre que juzgar y sentir en la misma forma.[592]

Filosofía subjetivista-fenomenológica: tiene como representante a J. P. Sartre. Sabemos que es un filósofo enmarcado dentro del existencialismo ateo, "que yo represento" —dice de sí mismo— motivo por el cual, en su pensamiento tiene prioridad la existencia sobre la esencia, pues "soy más coherente que otros existencialistas: Karl Jaspers, Gabriel Marcel. Si Dios no existe, hay por lo menos un ser en el que la existencia precede a la esencia; lo que significa que el hombre empieza por existir, se encuentra, surge en el mundo, y que después se define".[593] Esta es una de sus tesis fundamentales,

587. *Ibid.*, p. 60.
588. *Ibid.*, p. 356.
589. *Ibid.*, p. 358.
590. *La filosofía del valor*, p. 78.
591. "Los valores como esencias", en Frondizi R., y Gracia, J. J. E. (comps.), *El hombre y los valores en la Filosofía Latinoamericana del siglo XX*, p. 258.
592. *Ibid.*, p. 264.
593. *El existencialismo es un humanismo*, pp. 14, 15 y 16.

de la que son compañeras tres más, por lo menos: "El hombre es ante todo su existencia en el momento presente, [...] una existencia específica le es dada en un momento dado".[594] De esto se sigue que "no hay una naturaleza humana superior a él"; "no puedo contar con hombres que no conozco fundándome en la bondad humana, dado que el hombre es libre y que no hay ninguna naturaleza humana en la que pueda yo fundarme".[595] La libertad del hombre la reafirma al decir: "Si, en efecto, la existencia precede a la esencia, no se podrá jamás explicar por referencia a una naturaleza dada, fija; no hay determinismo, el hombre es libre, el hombre es libertad"; "el hombre está condenado a ser libre".[596] "Porque no se ha creado a sí mismo, y porque una vez arrojado al mundo es responsable de todo lo que hace".[597]

De que Sartre haya afirmado que "el hombre es libertad", se siguen muchos argumentos que nos iluminan para saber cómo entiende los valores: por eso "siendo la libertad asimilable a mi existencia (ser arrojado en el mundo), es fundamento de los fines que intentaré alcanzar, sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales".[598] De esta manera, afirma con contundencia: "La realidad-humana (el hombre) no puede recibir sus fines, ni de fuera ni de una pretendida 'naturaleza' interior. Ella los elige, y, por esta elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite exterior de sus proyectos".[599] Al mismo tiempo —señala—, la libertad aparece como una totalidad inanalizable: los motivos, móviles y fines, así como también la manera de captar motivos, móviles y fines, son unitariamente organizados en los marcos de esa libertad y deben comprenderse a partir de ella.[600] Por todas estas razones afirma con toda claridad: "nada hace existir al valor, sino esa libertad que al mismo tiempo me hace existir a mí".[601] De esto podemos concluir con R. Simon, que para Sartre, la libertad, dígase el ser humano, es el ser por el cual los valores existen, es la única fuente de los valores.[602] Pero no es el hombre genérico, sino que es el hombre concreto, cada sujeto, quien elige, el que crea sus valores: El descubrimiento de mi intimidad —puntualiza

594. *Ibid.*, p. 48.
595. *Ibid.*, p. 27.
596. *El ser y la nada*, p. 545. "Esto significa que no podemos cesar de ser libres".
597. *El existencialismo es un humanismo*, pp. 21-22.
598. *El ser y la nada*, p. 549.
599. *Idem*.
600. *Ibid.*, p. 559.
601. *Ibid.*, p. 147.
602. *Moral*, pp. 154-155.

Sartre—, me descubre al mismo tiempo el otro, como una libertad colocada frente a mí, que no piensa y que no quiere sino por o contra mí.[603] En otro lugar, con firmeza sostiene: "Nuestro punto de partida, en efecto, es la subjetividad del individuo. En el punto de partida no puede haber otra verdad que ésta: *pienso, luego soy*; ésta es la verdad absoluta de la conciencia captándose a sí misma".[604] De esto se sigue, entonces, que los valores carecen de objetividad, pues cada sujeto a lo largo de su existencia elegirá y creará tanto sus propios valores, como la jerarquía de los mismos. Y para que esa existencia sea auténtica, el sujeto deberá ser fiel a su jerarquía y no imitar la de ningún otro. En los tiempos actuales, el más conocido representante contemporáneo del subjetivismo es John Mackie, en su libro *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, donde escribe: "Si hubiera valores objetivos serían entidades o cualidades de una clase muy extraña, completamente diferentes de cualquier otra cosa del universo".[605]

Cabe aún hacer una puntualización sobre estas dos últimas posturas: *la filosofía axiológica* al afirmar que los valores solamente podrán captarse a través de la *intuición*, la *emoción* y el *sentimiento*, se sigue que la inteligencia no tendría nada que hacer aquí. Como el valor es un rostro del bien, éste posee notas que el ser no tiene, por lo tanto, lógicamente concluiremos que si por imposible en el mundo sólo existiese inteligencia, o ente dotado de inteligencia pero careciese de apetitos, entonces se revelaría el concepto de Verdad, porque lo que conoce la inteligencia es la Verdad, pero nunca se revelaría el concepto de Bien y en consecuencia tampoco el valor. Por lo tanto se requiere la presencia de los Apetitos. Y aquí tendría razón la filosofía axiológica. Pero conviene hacer una distinción: si los apetitos constituyen o revelan el Bien, o si los apetitos constituyen o revelan el Valor.

Aristóteles ya había hablado del apetito, y del *Apetito Natural*, al tratar de definir el Bien como "aquello que todas las cosas naturalmente apetecen".[606] Esto significa que algo es bueno porque las cosas lo apetecen. El Apetito Natural hace aparecer el Bien. Y es una tendencia que emana de la propia naturaleza. En consecuencia, un universo sin apetitos sería igual a un universo sin bienes y sin valores; si esto es así, entonces el bien existe gracias al apetito, que es un apetito natural, porque tiende hacia él aunque no lo

603. *El existencialismo es un humanismo*, pp. 32-33.
604. *Ibid.*, p. 31.
605. *Ética: La invención de lo bueno y lo malo*, p. 72.
606. *Ética nicomaquea*, L. I, 1094a.

conozca. Pero hay que tener presente que, además de este apetito natural, existe otro apetito que supone el bien ya constituido, ya existente, y recibe el nombre de *apetito elícito* (del verbo *elicere*: elegir) que se deriva de un previo conocimiento; por lo que para que el sujeto tienda al bien es necesario que lo conozca primero. Este apetito puede ser: elícito sensible y elícito intelectual, según que el conocimiento previo del bien sea sensible o intelectual.

En cuanto a la *Fenomenología-subjetivista* de J. P. Sartre, diremos lo que sigue: si para él no hay una naturaleza previa a la existencia, tampoco habrá apetito natural; y como el hombre es libertad, el resultado es obvio: al apetito elícito le correspondería desempeñar la función del apetito natural, según el pensar de Aristóteles: ser el creador del bien, de los valores, y de la jerarquía correspondiente. De ahí que los valores sean subjetivos. Jolivet señala que es verdaderamente el hombre quien crea los valores morales; afirmación que se puede sostener si sabemos en qué consiste esa creación: que no es obra de la sociedad, reducida, según la hipótesis sociológica, a su peso o a su masa cuantitativa. Tampoco es arbitraria, gratuita y absurda, en el sentido que le da Jean P. Sastre, pues el hombre al crear los valores, se siente como obedeciendo a una ley interior (o ley natural), que es su propia ley y que se identifica con él como ser razonable y libre.[607] De acuerdo con lo que este autor ha planteado, habrá que superar dos obstáculos: el que consiste en decir que los valores preexisten al hombre en las cosas, y que él solamente ha de apropiarse de ellos; y el que hace de la génesis de los valores una invención absoluta del hombre, sin otra razón ni fundamento que una elección que se produce sin razón.

Jerarquía de los valores

En primer lugar, habrá que insistir en el hecho de que el ser y el bien, lógicamente, representan notas distintas, lo cual es cierto; en segundo lugar, en que el bien requiere la intervención de los apetitos. Pero también no hay que olvidar que ontológicamente el ser y el bien son lo mismo, y que la objetividad de los valores reposa en la objetividad del ser y del bien; y no sólo eso, sino que al mismo tiempo, la jerarquía de los valores reposa en la jerarquía del ser, porque el ser es múltiple en sus manifestaciones:[608] piedra, planta, animal y hombre; multiplicidad que aparece a cualquier sentido común. ¿En

607. R. Jolivet, *El hombre metafísico*, p. 135.

608. Diría Aristóteles: "el ser se entiende en multiplicidad de sentidos y no en uno solo". *Metaf.* L. XI, 3, 1061ª.

qué se distinguen? En las perfecciones particulares que cada uno posee. Esta es la razón por la que podemos establecer una jerarquía de valores.

Muchos filósofos al abordar el tema de los valores no han resistido la tentación de formular una jerarquía o escala sobre los mismos. Así tenemos que Max Scheler lo hace en su *Ética*, ya comentada; García Máynez hace lo mismo en su *Ética*.[609] Pero juzgamos más acertada y de mayor comprensión, la jerarquización que realiza Joseph de Finance, por lo que en este punto lo tendremos como referencia.

Una tarea fundamental del hombre es hacer el bien (*bonum faciendum*), a través de la puesta en práctica de su libertad en todas sus acciones, que para realizarlas debe sentirse motivado porque en ellas ve algo valioso. No obstante que existe esta paradoja humana: "...querer el bien lo tengo a mi alcance, mas no el realizarlo, puesto que no hago el bien que quiero, sino que obro el mal que no quiero" (Rm. 17-19). Por su parte, dirá de Finance —y estamos de acuerdo— la existencia humana es una *vocación* al bien. Todo hombre, todo sujeto espiritual debe realizar el valor. Sin duda, no *todo* valor, sino *un* valor proporcionado a su naturaleza y a su situación.[610]

Para desarrollar este tema, el autor que estamos comentando tiene como punto de partida los valores absolutos, es decir, los que valen por sí.[611] En palabras de Aristóteles, el bien que se busca por sí mismo.[612] He aquí, pues, su escala de valores, de los valores definidos y especificados, como él los llama:[613]

a. **Valores infrahumanos:** esto no quiere decir que no valgan para el hombre, sino que no valen para él formalmente, según lo que le hace hombre. En este grupo encontramos la sensibilidad, por ejemplo: lo deleitable y el placer; los valores biológicos o vitales, por ejemplo: la salud, la perfecta organización de sus miembros, el buen funcionamiento de sus órganos, la rapidez y agilidad, la seguridad en sus reflejos y la propia vida.[614] Son valores que el hombre comparte con el animal e incluso éste los puede realizar en grado más excelente que el mismo hombre.

609. *Ética*.
610. *Ensayo sobre el obrar humano*, p. 317.
611. *Ibid.*, p. 392.
612. *EE*, L. I, c. 8, 1218ª.
613. *Ibid.*, p. 394.
614. *Ibid.*, pp. 394-395.

b. **Valores humanos inframorales:** sólo valen para el hombre según su diferencia; suponen, en efecto, el ejercicio de sus facultades específicas (razón y voluntad), pero son valores imperfectamente humanos, pues no es, según ellos, como la perfección del hombre en cuanto hombre se evalúa en última instancia. Aquí encontramos los valores económicos: la prosperidad, el éxito; los valores noéticos: el conocimiento, la profesión que cada sujeto elija; los valores estéticos: la belleza, la hermosura; los valores sociales: prestigio, buenas relaciones sociales, poder en la sociedad.[615] Por lo tanto, podemos decir al respecto que estos valores son propios del hombre, lo perfeccionan bajo algún aspecto (*secundum quid*) y pueden ser bien o mal usados; por ejemplo, el derecho puede ser usado para hacer justicia o para que a través de él el profesional del mismo pretenda amasar su fortuna sin importarle si es o no justo en lo que hace.
c. **Valores morales:** afectan al sujeto en lo que tiene de más suyo, incluso si se puede decir, de más de sí mismo: su obrar libre, y a través de él, su ser libre. Es la verdadera medida del hombre en cuanto tal.[616] Por lo tanto, las propiedades de estos valores las podemos resumir así: son exclusivos del hombre; ya no lo perfeccionan en algún aspecto, como lo hacen los inframorales, sino que lo perfeccionan como tal (*ut talis, simpliciter*); y serán siempre bien usados; realmente, ¿quién puede hacer mal uso de la justicia, de la honestidad, etcétera, en cuanto valores?
d. **Valores religiosos:** son valores cuyo origen no depende de la sola actividad y carácter de la persona, sino que interviene de manera directa la Divinidad, y suponen en el sujeto la presencia de los valores morales ya realizados. Por ello tienen relación con lo Sagrado. Subjetivamente se realizan en la religión, en el sentido pleno de la palabra; sostiene de Finance: actitud de respeto, de sumisión y de confianza hacia la divinidad.[617]

¿Cómo se relacionan entre sí los valores? Podríamos decir que entre los dos primeros grupos, los infrahumanos y los inframorales, existe una relación de prioridad: primero es la vida o la salud en el sujeto, que cualquier otra ac-

615. *Ibid.*, pp. 296-398.
616. *Ibid.*, p. 399.
617. *Ibid.*, p. 400.

tividad cultural por más atractiva que le parezca: No tengo ningún derecho a arruinar mi salud —indica de Finance— privándome del sueño para escuchar conciertos; los valores naturales y eudemónicos admiten una prórroga.[618] En cambio, la primacía del valor moral sobre ellos es radical y absoluta. ¿Cómo podría ser correcto y aconsejable preferir algo al bien? La exigencia del valor moral es inmediata, no admite dilación ni postergación: aceptar ser malo hoy para ser mejor mañana es contradictorio.[619] De ahí que podamos concluir afirmando que los valores morales son absolutos y objetivos.

Objetivos no lo son ni en el modo ni en la forma de concebirlos, pero sí en cuanto a su origen y en su realización. Los percibimos universalmente: por ejemplo, la justicia, la honradez, la honestidad, la veracidad, en este sentido no existen más que en la mente del sujeto; pero sí existen, sí hay actos justos y personas que los realizan; sí existen personas que son honestas y honradas; de estas realidades extraemos el concepto de justicia, de honradez, honestidad.

En cuanto a su cualidad de absolutos, actualmente es muy aventurado sostener que algo es absoluto, dado que hoy día tiene mucha aceptación hablar de relativismo moral, según el cual las normas que expresan obligaciones morales no poseen validez universal, sino limitada y circunscrita a contextos históricos o culturales determinados.[620] Pero sufriremos el riesgo al sostener que los valores morales son absolutos porque no es legítimo, no es válido, sacrificar ningún valor moral por cualquier otro.

Entre los valores morales encontramos la justicia, cuya grandeza y trascendencia le hicieron evocar al propio Aristóteles algunas palabras con sabor poético: muchas veces, la justicia parece la más excelente de las virtudes y que "ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos".[621] Por eso, el día en que un profesional del derecho le ponga precio a la justicia, se acabó, aunque ese hecho sólo sea conocido por él mismo y su cómplice.[622] En este sentido es como se puede entender la afirmación de Finance: "todo hombre, todo sujeto espiritual debe realizar el valor. Sin duda, no *todo* valor, sino *un* valor proporcionado a su naturaleza y a su situación. El *bien moral* es la obra propia

618. *Ibid.*, p. 399.
619. *Idem*.
620. D. L. Rodríguez, *Ética,* p. 105.
621. *Ética nicomaquea*, L. V. 1, 1129b, trad. Julio Pallí Bonet, Gredos, Madrid, 1988.
622. Ésta es otra de las razones fundamentales de estudiar el tema de los valores, aquí.

que cada sujeto debe realizar a su manera.[623] En este contexto, el bien moral que todo hombre-abogado tiene que realizar a cada momento en el ejercicio de su profesión, tiene un nombre muy concreto, que es la *justicia*.

Relacionado con lo anterior, y para concluir este capítulo, es conveniente señalar que los distintos grupos de valores no integran departamentos estancos, y por lo tanto, sin ninguna relación entre ellos; por el contrario, están estrechamente relacionados unos con otros. En este sentido, podemos decir, que sin los valores infrahumanos no podrían existir los otros valores; sin ellos, los otros valores carecerían de base o fundamento, físico y ontológico donde reposar. De igual manera, sin valores infrahumanos e inframorales, los valores morales no tendrían razón de ser; ya que en ellos es donde estos últimos tendrán que florecer y madurar, perfeccionando al ser humano en su ser y en su actuar.

Los derechos fundamentales

Un tema estrechamente relacionado con la justicia, al que no se le puede ignorar, y que hoy día está en boca de todos, es el de los derechos humanos. Ningún principio tiene una importancia más central en la idea democrática —escribe Touraine, y estamos de acuerdo con él— que el de la limitación del Estado, que debe respetar los derechos humanos fundamentales.[624] Derechos que son a la manera de una barrera infranqueable frente a la cual aquél se debe detener en el ejercicio del poder. Aún más, el reconocimiento de los derechos fundamentales que limitan el poder del Estado, es indispensable para la existencia de la democracia, y lo que la define con mayor exactitud, escribe el mismo autor.[625] Decir que un determinado derecho es fundamental —anota Ferrajoli— quiere decir que "todos" son igualmente titulares del mismo.[626] Derechos que se desprenden del ser del hombre, de su dignidad ontológica: por ser persona; que es lo mismo que decir, que el ser humano merece ser respetado y protegido en sus derechos por lo que es, y no por lo que tiene o por aquello que aparenta ser ante sus semejantes.

623. En tanto que es hombre y en tanto que es abogado.
624. A. Touraine, *¿Qué es la democracia?*, p. 57.
625. *Ibid.*, p. 44.
626. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 81.

En relación con lo anterior, generalmente se piensa en los derechos —según Enrique Stob— como de algo inherente a la misma constitución del hombre, como común a la raza, y por lo tanto, independiente tanto de la individualidad como de la conducta. Los derechos sugieren igualdad, en razón de lo cual la demanda de justicia es generalmente la igualdad de derechos.[627] De todo lo cual se puede desprender que la justicia tiene que ver tanto con desigualdad como con igualdad; con atribución y retribución como con distribución.

Sólo cuando la idea de igualdad jurídica se impuso —señala Brieskorn—, sonó la hora de los derechos humanos. De cara al reconocimiento de su universalidad, los derechos humanos son indivisibles: quien los exige, los reclama para todos los hombres; mientras que quien niega a una persona el reconocimiento de sus derechos realmente se lo niega a todos los demás.[628]

Con fundamento en lo dicho podemos preguntar si esos derechos son universales, aceptando que todos los seres humanos coincidimos en poseer una misma naturaleza y por lo tanto, una misma dignidad; cómo se puede entender la afirmación de su universalidad frente a un hecho real que no podemos negar, puesto que es evidente: la desigualdad y las diferencias de unos hombres con otros. Respondemos con Modesto Saavedra, que defender la universalidad frente al particularismo no debe llevar a ignorar las diferencias como algo irrelevante desde el punto de vista de los derechos humanos. Antes al contrario, las diferencias deben poder ser defendidas y cultivadas siempre que no conduzcan a una violación irrazonable de la libertad personal ni supongan una forma de discriminación para otros. La defensa de las diferencias es algo perfectamente legítimo desde la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos, que exige a veces, precisamente, el respeto en términos jurídicos, y dentro de ciertos límites, de su propia y específica identidad.[629]

Vinculado al pensamiento de M. Saavedra, Brieskorn señala algo paradójico: sólo cuando la idea de la igualdad jurídica se impuso, sonó la hora de los derechos humanos. Pero junto a esa igualdad, los hombres tienen que conocerse y aceptarse en sus diferencias, para que así puedan surgir entre ellos unas vinculaciones nacidas del conocimiento de su respectivo carácter

627. *Reflexiones éticas. Ensayos sobre temas morales*, p. 125.

628. N. Brieskorn, *Filosofía del derecho*, p. 189.

629. "La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas", en AA. VV, *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, p. 247.

insustituible. De lo único que se habla es de la igualdad en la dignidad; el individuo con sus peculiaridades carece de importancia. Su carácter concreto se sacrifica al concepto.[630]

En la actualidad, muchos son los Estados del mundo que aspiran a la positivación de los derechos humanos, con lo que —según los doctrinarios en la materia— éstos adquieren la categoría de derechos fundamentales; al mismo tiempo que se deciden, porque esa dignidad humana —de la que hablamos—, quede reconocida en sus textos constitucionales, como fundamento de los derechos fundamentales. Tal es el caso de la Ley Fundamental Alemana de 1949, cuyo contenido inicia en su artículo 1, con el texto: *[Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales]*. Y con la reafirmación de esa dignidad en el apartado 1 del mismo artículo: *"La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público"*.[631] La Constitución española de 1978, hace lo mismo al establecer en su artículo 10. 1. *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"*.[632] Nuestra Ley fundamental, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, de igual manera la recoge en el párrafo tercero del artículo 1, en los términos siguientes: *"Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas"*.[633]

A todo esto, ¿qué entendemos por derechos humanos? Estamos de acuerdo con Pérez Luño al definirlos como *"un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*.[634] Esta definición —según el mismo autor— pretende conjugar las dos grandes dimensiones

630. *Filosofía del derecho*, p. 190.

631. *Ley Fundamental de la República Federal Alemana*, del 23 de mayo de 1949, disponible en: http://www.personal.us.es/urias.alemana.doc [consultado el 5 de junio de 2008].

632. *Constitución Española de 1978,* disponible en: http://noticias.juridicas.com/base datos/admin./constitución.tl.html [consultado el 5 de junio de 2008].

633. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 2008.

634. L. A. E. Pérez , *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 48.

que integran la noción general de los derechos humanos, esto es, la exigencia iusnaturalista respecto a su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio.[635]

Si un buen número de Constituciones políticas en el mundo coinciden en establecer en su texto la relación derechos humanos-dignidad humana, quiere decir que en esta última se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley.[636] Sin embargo, quizá Bobbio tenga razón al escribir, que el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. ... Por lo cual nuestra tarea no consiste en hallar el fundamento absoluto, sino, cada vez, los *distintos fundamentos posibles*. Pero tampoco esta búsqueda de los fundamentos posibles tendrá alguna importancia histórica si no va acompañada del estudio de las condiciones, los medios y las situaciones en que *éste o aquel derecho pueda realizarse*.[637] Rawls sostiene lo mismo con otras palabras: Los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar.[638] En consecuencia, el papel del Estado es reconocerlos y protegerlos. De cara a su reconocimiento —señala Brieskorn—, los derechos humanos son indivisibles: quien los exige, los reclama para todos los hombres; mientras que quien niega a una persona el reconocimiento de sus derechos realmente se lo niega a todos los demás.[639]

Al respecto, somos testigos de las múltiples y diversas declaraciones de derechos que han tenido lugar en los últimos tiempos; pero sólo es posible hablar de declaraciones de derechos fundamentales —señala el doctor Rojas Amandi— en cuanto las libertades que confieren, garantizan y promueven no encuentran límite por cuanto al ámbito de validez personal, en el que es su titular el ser humano, independientemente de cualquier contingencia racial, sexual, social, económica o de cualquier otra índole. De esta forma, las declaraciones de derechos son enemigas de los privilegios.[640]

635. *Ibid.*, p. 51.
636. "Contraportada", en Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*.
637. N. Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, p. 128.
638. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, p. 15.
639. N. Brieskorn, *Filosofía del derecho*, p. 189.
640. *Filosofía del derecho*, p. 233.

No obstante la importancia de los derechos humanos y la necesidad imperiosa de que el Estado promueva y gestione su protección y garantía, no hay por qué echar las campanas al vuelo, puesto que al hablar del respeto y protección de los derechos humanos, no estamos hablando de máximos sino de *mínimos de justicia*; y en ellos, hoy día se encuentra la plasmación teórica y práctica de ese conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo. Incluso, como se expresa Thomas Nagel, "los derechos son protecciones universales que impiden que cada individuo sea justificadamente utilizado o sacrificado de ciertas formas con fines honestos o deshonestos".[641] En este sentido, dirá N. Brieskorn, los derechos humanos se presentan como derechos de defensa, de rendimiento y de cogestión. El Estado aparece como algo que está enfrente al que hay que contener dentro de unos límites; el Estado del que sabemos ser dependientes, y el Estado como organización de los sujetos de los derechos humanos.[642] Pero unido a esto no hay que olvidar, que, por lo general al ser humano, le gusta exigir y recibir, no tanto el que le exijan y que tenga que dar; pues bien, en estrecha relación con cada derecho está presente un deber. Así, cuando se afirman derechos legítimos, cuando se hacen reclamaciones autorizadas, con esto se imponen deberes a aquellas personas que tienen que responder de estos derechos y reclamaciones. Por lo tanto, puede decirse verdaderamente que los deberes de los hombres están generados en los derechos de otros hombres. Por lo cual Stob sostiene que "mi derecho básico es mi derecho de cumplir con mi deber".[643]

Junto a esos límites internos, que son los derechos humanos, a los que el Estado tiene que respetar, hay otros límites que son externos, como la soberanía y la independencia: la primera, en relación al papel que el poder ha de desempeñar al interior del propio Estado, sobre el cual no hay ningún otro, él es el soberano; la segunda, por la relación que guarda en el ámbito internacional con los otros Estados, regidos por el principio de derecho internacional: la autodeterminación de los pueblos, concretizada en el propio gobierno y en sus decisiones. Desde mi apreciación, ésta, la independencia, realmente

641. "Los derechos personales y el espacio público", en Hongju, K. H, y Slye, R.C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, p. 49.

642. *Filosofía del derecho,* p. 190.

643. *Op. cit*., p. 125.

no representa el meollo del problema relativo a los derechos humanos, ya que dice referencia a las relaciones respetuosas entre los Estados; más bien, el centro de preocupación está en la soberanía, cuando el Estado abusando de su posición se extralimita en el uso del poder en detrimento de sus subordinados; situación que se da —como lo hemos asentado— cuando el Estado no se somete a la ley rayando en la arbitrariedad y en el autoritarismo.

· CAPÍTULO III ·

Derecho con o sin moral



Introducción

El ser humano con su grandeza personal, no puede ser encasillado ni limitado en su capacidad cognoscitiva y en su obrar, tanto a nivel especulativo como a nivel práctico. En el primero, sólo tiene como límite el ser: todo lo que es puede ser conocido; el ámbito del ser es el ámbito del conocer. En el segundo nivel, el práctico, es un hecho que a lo largo de su vida, el hombre contará con la libertad, como elemento necesario para poder responder de todas y cada una de las acciones que realice; pero también, el hombre deberá ser consciente de que si bien, la libertad se le presenta como un don, al mismo tiempo, la tiene como conquista; es decir, tendrá que aprender a ser libre, evitando las injusticias, la violencia; pero aun así, puede actuar incluso, contra sí mismo, asumiendo con responsabilidad las consecuencias que se deriven de esa forma de actuar y proceder.

Sabemos que en este último nivel, el práctico, el actuar del hombre siempre tendrá trascendencia y repercusión, tanto en el ámbito interno y personal, favoreciendo u obstaculizando su propia perfección, como en el ámbito externo o social, contribuyendo al bienestar de la comunidad, o en su defecto, entorpeciendo e impidiendo el desarrollo y progreso de la misma. Por lo cual, es evidente que la moral y el derecho son dos realidades, dos ordenamientos, que permean la vida del ser humano, en su significado más amplio. El problema es, ¿actúan por separado? O, ¿entre ellos existe o debe darse una relación? A través del tiempo las opiniones se han dividido y polarizado al abordar este problema. Razón por la cual, se constituye como objeto de estudio de este tercer capítulo.

Antes de entrar en materia es preciso especificar y hacer una aclaración de términos para evitar alguna confusión que pudiera resultar. Por lo general, en el común hablar se emplea más el término *moral* que el de *ética*, queriendo expresar la misma realidad, quizá porque es más fácil y rápida

la comprensión al decir que tal persona *es inmoral*, que decir, tal persona ***no** es ética*. Pero en realidad sí existe una diferencia entre los dos conceptos: Ética es la disciplina filosófica, una parte de la filosofía que tiene por objeto reflexionar sobre la moral; ésta, por su parte, comprende todo lo que el ser humano realiza o hace en su vida diaria: lo que se ve en sociedad, lo que se respira en la vida social, cuyo actor principal es el ser humano; es un modo de vivir. Según esto, podemos decir que puede haber o puede darse moral sin ética (lo que sería muy lamentable), pero no ética sin moral, puesto que ésta es la materia sobre la cual va a reflexionar y trabajar la ética. Para no propiciar confusiones —hecha la aclaración— se empleará el término moral pero en el entendido que estamos hablando de "ética".

La cuestión acerca de la relación entre derecho y moral —según Ralf Dreier— puede ser planteada y respondida de diferente manera. En su versión más usual y amplia, se refiere a la relación entre el *derecho que es*, es decir, el derecho positivo, y el *derecho que debería ser* de acuerdo con los principios de la moral o de la justicia, es decir, el tradicionalmente llamado derecho natural o racional.[644] En este sentido —señala el mismo autor—, la pregunta escrita líneas antes parece encerrar en sí misma la respuesta. Pues el concepto de un derecho tal como debería ser de acuerdo con los principios de la moral es la expresión de la exigencia moral de estructurar el derecho según estos principios y el destinatario principal de esa exigencia es quien tiene competencia para sancionar el derecho positivo.[645] Pero previamente a este tema central, y objeto de estudio en este capítulo, veremos algunos problemas que a través del tiempo se fueron conjugando, para desembocar en este tema, motivo de permanente discusión.

Debate sobre el derecho natural y el derecho positivo

El derecho —aunque quizá la experiencia y la historia nos digan lo contrario— no puede estar fundamentado en el capricho ni en el poder de alguien; debe poseer valor y firmeza en sí y por sí mismo. Debe estar libre de la arbitrariedad e ingerencias egoístas de los hombres; de otra manera no podrá garantizar ni

644. "Derecho y moral", en Garzón, V. E. (comp.), *Derecho y filosofía*, p. 71.
645. *Idem*.

el orden ni la seguridad de los ciudadanos. De aquí surge la pregunta: ¿Existen normas y exigencias del derecho independientes de la opinión y de las leyes humanas que obligan a los hombres en virtud de una autoridad superior? Es la pregunta obligada acerca del derecho y la ley natural.

Lo que desconcierta a los juristas —escribe Graneris— es oír que los filósofos llaman derecho a un *quid* al que faltan algunas (o quizá todas) de las notas por las cuales según ellos el derecho es derecho; y también el oír llamar así lo que, por otro lado, se arroga la función de fundamentar el derecho.[646] De lo que se desprende —por lógica— que si ese derecho natural, no es ninguna de las dos cosas, no es necesario llamarlo derecho. Muchos hombres de leyes razonan así, pero en el fondo lo que intentan no es negar que el ordenamiento jurídico positivo deba obedecer a ciertos postulados que lo trascienden; sino que, en todo caso, lo que niegan es que a esos postulados se les pueda llamar derecho.

La oposición derecho positivo/derecho natural es quizá —sostiene Ramón Soriano— la cuestión clave de toda la filosofía jurídica. El problema se plantea en los siguientes términos: ¿debe entenderse por derecho exclusivamente el sistema de normas e instituciones establecido por los poderes públicos, o cabe la posibilidad de admitir la existencia de un derecho suprapositivo independiente de la voluntad legisladora?, ¿es, en rigor, derecho únicamente el derecho positivo, o lo es también el denominado derecho natural?[647]

La pregunta es tan antigua y general como la misma humanidad, empeñada en la búsqueda incansable e ininterrumpida de los fundamentos del derecho, independientes de los cambios de concepciones y tendencias. Por principio, el derecho positivo es el derecho *puesto*, es decir, establecido como tal por los órganos de poder; oponiéndose así al derecho natural, representando a su vez a las normas promulgadas por el poder contra normas o principios que no precisan ser establecidos por los poderes públicos para ser derecho.

A través de la historia del pensamiento jurídico, podemos darnos cuenta que el ser y la existencia del derecho natural, han sido objeto de una polémica y discusión constante. Así, la escuela jónica pretendió deducir el derecho natural del orden cósmico. Pero, la noción de derecho natural, tal como ha llegado hasta nosotros —según Javier Hervada—, es el resultado de dos con-

646. *Op. cit.*, p. 62.
647. *Sociología del derecho*, p. 179.

tribuciones fundamentales: la filosofía griega, con su continuación romana, y el pensamiento cristiano. La filosofía pagana antigua aportó los elementos básicos para construir la teoría del derecho natural; el pensamiento cristiano —filósofos y teólogos—, por su parte, contribuyó decisivamente a su comprensión, al aclarar una serie de conceptos: trascendencia divina, noción de persona, etc., vitales para ver ese derecho dado al hombre como natural y como algo debido intrínsecamente a la dignidad del ser humano.[648]

Es evidente que lo que aquí nos interesa es saber y conocer qué hay en ese binomio: derecho natural / derecho positivo; porque es muy cierto que el hombre siempre ha buscado la razón de ser o el por qué suceden las cosas, qué hay atrás de los acontecimientos que se dan o suceden a nuestro derredor. La historia del pensamiento es testigo de que en lo primero que el hombre cree encontrar una explicación a todo eso, son los mitos, en los que tiene un papel relevante la divinidad, y, porque en ellos hay un núcleo de verdad. En este sentido, la primera vez que en la historia del pensamiento se hace alusión al derecho natural, tiene lugar en la época de la tragedia griega (siglo v a.C.) —aunque no en forma directa y explícita—,[649] cuando Sófocles (497-405 a.C.) al plantear el dilema qué hacer ante el mandato de la autoridad humana que contraviene la ley divina manifestada en los dictados de la propia conciencia, hace decir a Antígona, protagonista de la tragedia del mismo nombre, en el momento que Creonte prohíbe dar sepultura a uno de sus hermanos, Polinice, prohibición que, por supuesto, no fue respetada:

> Porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer, son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a vigir. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que fuera?[650]

648. *Historia de la ciencia del derecho natural*, tercera edición, EUNSA, Pamplona, 1996, pp. 37-38.

649. "los griegos no podían hablar de él porque en su propia lengua no tenían un equivalente exacto del latín *ius*, ellos hablaban del δικαιον νὀμω (lo justo legal), junto a lo cual colocaban otros géneros de lo justo, cuya justicia es medida por reglas de diversa procedencia y de diverso nombre θεῖος λὀγος; ὀρθος λὀγος; Φὺτις [razón divina; recta razón, natural] y así obtuvieron un δἰκαιον Φὺτει, es decir, un *justo por naturaleza*". Graneris, *op. cit*., p. 63.

650. Sófocles, *Las siete tragedias*, p. 195.

Pero somos racionales, motivo por el cual, es natural que el hombre desee ahondar y profundizar en el conocimiento, y trate de encontrar otras explicaciones a lo que acontece o sucede en su vida; por lo cual, sin negar ni desconocer la importancia del conocimiento mítico, da este paso al conocimiento filosófico; siendo los primeros que incursionan por él, los llamados *presocráticos*. Sin embargo, respecto de la teoría del derecho natural, son los sofistas los que marcan el comienzo de su historia; sin desconocer algunas ideas de los anteriores que tienen cierto interés para el tema. Así, Heráclito, aunque no vio el derecho natural sí lo entrevió, como puede advertirse cuando escribe: "Pues todas las leyes humanas son alimentadas por la única ley divina: ésta, en efecto, impera tanto cuanto quiere, y hasta a todas las cosas y las trasciende".[651] Por primera vez se diferencia aquí —dice A. Kaufmann— la justicia del precepto humano (διχαιον νομω) de la justicia natural (διχαιον φυσει), el derecho positivo del derecho natural, aun cuando esencialmente se concibe todavía como una unidad.[652]

Los sofistas que aparecieron un siglo más tarde, a quienes por su preocupación por el hombre, se les podría denominar como los primeros *filósofos humanistas*, sostiene Ramón Xirau,[653] enseñaron, a través de uno de sus representantes, Protágoras, frente a Heráclito, que no es el o sino el hombre la medida de todas las cosas y por cierto el hombre en su naturaleza empírica, no como persona moral, dice Kaufmann.[654] En este contexto, Copleston se pregunta ¿debíase la cultura helénica a una ordenación sagrada, respaldada por la sanción divina, o podía, por el contrario, cambiarse, modificarse, adaptarse y desarrollarse?[655] Al mismo tiempo señala que, de hecho los grandes sofistas ayudaron a que se concibiese una "ley natural", la ley del más fuerte, como la entiende el sofista Trasímaco.[656]

Desde la época de los sofistas —señala Verdross—, el hombre ocupa el punto central de la problemática del derecho natural; aquellos pensadores reconocieron que si por derecho natural entendemos las normas que se acomodan a la condición biológico-espiritual y a la naturaleza social del hombre, su esencia y su contenido dependen necesariamente de la naturaleza

651. R. Mondolfo, *Heráclito. Textos y problemas de su interpretación*, p. 44.
652. *Filosofía del derecho*, p. 65.
653. *Introducción a la historia de la filosofía*, p. 32.
654. *Idem*.
655. F. Copleston, *Historia de la filosofía*, p. 96.
656. *Ibid*., pp. 107-108.

humana; de ahí que la antropología constituya a partir de los sofistas la base del derecho natural.[657]

Aristóteles (384-322 a.C.), funda el concepto de naturaleza de lo ético;[658] fue a partir de él cuando el pensamiento humano contó con buena parte de las categorías científicas para un conocimiento depurado del derecho natural.[659] Habla de este último en el contexto de la virtud de la justicia. Sin ser mucho lo que dice —observa Hervada—, su huella fue decisiva en la historia del pensamiento jurídico.[660] De esta manera, al observar la sociedad política en su conjunto, se ve que en ella, parte de lo justo es de origen natural y parte es legal, tiene su origen en la ley positiva (νομοσ). Así lo escribió Aristóteles: "La justicia política puede ser natural o legal;[661] natural la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano, legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez que ha sido establecida...". "Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian; (...) entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural".[662] Antes que él, Sócrates (469-399 a.C.) creyó encontrar la ley natural en el corazón del hombre, y Platón (427-347 a.C.) en las ideas como lo verdaderamente existente; Aristóteles, en cambio, vio la naturaleza como lo inherente a lo objetivamente dado. Lo conforme a la naturaleza es, según Aristóteles, la mejor condición de un ente.[663]

La aportación central de Aristóteles a la teoría del derecho natural —según J. Hervada—, fue la noción metafísica de naturaleza, estableciendo las bases para comprender la existencia de un verdadero deber-ser intrínseco al ser, sin caer en la falacia naturalista y sin confundir el derecho natural con los

657. A. Verdross, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, p. 363.
658. Kaufmann, *op. cit*., p. 65.
659. J. Hervada, *op. cit*., p. 53.
660. *Historia de la ciencia del derecho natural*, p. 60.
661. Este aserto, con su referencia al derecho natural y siguiendo la Antífona de Sófocles ("los preceptos no escritos de Dios, los que no se mudan), según Klaus Adomeit y Cristina H. del Llano, refleja una considerable profundidad de pensamiento y posee un gran significado. (...) Con ello legó Aristóteles a la filosofía del derecho de todo el mundo uno de sus grandes temas, y lo ha perfilado con pocos pero firmes rasgos. *Filosofía del derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca*, p. 100.
662. *Ética nicomaquea*, L. V. c. 7, 1134.
663. *Cfr. Política*, 1254ª.

presupuestos, requisitos y condicionamientos necesarios del derecho positivo. Esta es la confusión en la que caen cuantos, teniendo una concepción objetivista del derecho positivo, llaman derecho natural a dichos presupuestos, requisitos y condicionamientos (objetivismo jurídico: formal, lógico o material).[664]

Por las doctrinas filosóficas de Sócrates, Platón y Aristóteles, el λογος divino —en palabras de Platell—, fue convirtiéndose progresivamente en una razón y necesidad cósmica, que satisfacía tanto a la naturaleza como a la conciencia humana. De esta forma surgió en la antigüedad la doctrina del derecho natural como expresión de este orden racional del cosmos. El mundo griego, y consiguientemente el mundo romano, siguieron manifestando gran respeto por esta ley natural y la consideraban norma de las acciones del hombre.[665] La filosofía estoica profundizó más en esta idea, al considerar al hombre como un ente que participa, por medio de su razón, en el λογος universal; de ahí que, para los estoicos, el sabio es un hombre que vive de acuerdo con la naturaleza.[666] Para los integrantes de la Stoa (de la escuela del Pórtico), el hombre, sin duda alguna miembro de una comunidad política que constituye su patria, es asimismo miembro del reino universal de la razón.[667] Por eso, el sabio estoico no se proclamará sólo ciudadano de la ciudad de Atenas, sino también ciudadano del mundo; el cosmopolitismo estoico —dice Braun— es la traducción de la simpatía universal al plano moral y social.[668]

Cicerón, como estudioso y seguidor de la filosofía estoica, entendió al derecho natural de esta manera: Hay por cierto, una verdadera ley, la recta razón conforme a la naturaleza, difundida entre todos los hombres, constante y eterna. No admite modificaciones: ni quitarle, ni anularla en su conjunto.[669] "... la ley natural consiste en la razón suprema, gravada en nuestra naturaleza, que nos ordena qué es lo que debe hacerse y prohíbe sus contrarios".[670] De este texto ciceroniano se sigue que la justificación de toda ley humana positiva ha de buscarse racionalmente en el *ius naturae* ("derecho de la naturaleza"), que es anterior al Estado.

664. *Ibid.*, p. 54.
665. G. M. Platell, *Filosofía social*, p. 190.
666. J. Brun, *El estoicismo*, p. 15.
667. Verdross, *op. cit.*, p. 375.
668. *Op. cit.*, p. 72.
669. *Cfr.* Cicerón, *La República y las leyes*, pp. 198 y 201.
670. *Ibid.*, L. I, p. 18.

Santo Tomás, sabemos, no era un helenista, pero se alimentaba de las traducciones de Aristóteles. Por otra parte, le era poco familiar el *Corpus Iuris* de Justiniano, si bien algunas veces transcribiera sus textos. Sucedió entonces —según Graneris— que queriendo interpretar la expresión *ius naturale* y pensando que los juristas romanos *"nominant ius quod Aristóteles iustum nominat"* (llaman derecho a lo que Aristóteles llama justo), pasó quizá sin advertirlo de Roma a Atenas, y creyendo leer el texto en el contexto de las *Pandectas* y en las amplificaciones ciceronianas, en realidad lo leía en los volúmenes de los griegos y lo repensaba con la *forma mentis* adquirida en prolongados coloquios con su favorito Aristóteles. Esto le permitió, incluso lo obligó a volver a dar al viejo nombre su significado originario. Pasando por encima del paréntesis latino y retomando la tradición griega, Santo Tomás en lugar de latinizar el δικαιον (como hacen los juristas y como había hecho Cicerón), heleniza el *ius*, de tal modo que resulta el *iustum*, *ipsa res iusta*; y por lo tanto, el *ius naturale* adquiere el valor de sinónimo real y no sólo verbal del δικαιον Φυτει. Aquí el Aquinatense hablaba en latín y pensaba en griego.[671]

En estrecha relación con esto último, podemos decir con Preciado Hernández, que el derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales —supremos, evidentes, y universales— que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de selección de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esta finalidad en un medio social histórico.[672] En consonancia con esta forma de percibir al derecho natural, G. Del Vecchio entenderá por derecho natural "el criterio que permite valorar el Derecho Positivo y medir la intrínseca justicia del mismo. Si el Derecho Positivo contrasta con el Derecho Natural, éste, sin embargo, conserva su peculiar manera de ser, esto es, su validez de criterio ideal (deontológico)".[673] Pensamiento traducido por J. Rawls en lo siguiente: "Los preceptos de la justicia natural han de asegurar que el orden legal sea mantenido de modo regular e imparcial".[674]

671. *Op. cit.*, pp. 64-65.
672. *Lecciones de Filosofía del derecho*, p. 235.
673. *Filosofía del derecho*, p. 506.
674. *Teoría de la justicia*, p. 225.

Ese conjunto de principios y criterios racionales a que se refiere Preciado Hernández, para Santo Tomás es lo que integra el contenido del derecho natural, que según él, está comprendido en tres inclinaciones fundamentales del ser humano:

1° El hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia un bien, que es el bien de su naturaleza; esa inclinación es común a todos los seres, pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza. De esta manera, pertenece a esta primera inclinación la necesidad del alimento y la bebida para la conservación de la vida.

2° En segundo lugar, hay en el hombre una inclinación hacia bienes más particulares, conformes a la naturaleza que él tiene en común con los demás animales. Esta inclinación tiene como fin la conservación de la especie; por lo tanto, comprende la atracción natural entre macho y hembra.

3º Finalmente, existe una inclinación natural dirigida hacia bienes específicos de la naturaleza racional del hombre, como: vivir en sociedad; orientado hacia la verdad, hacia la ciencia, la sabiduría, y el amor.[675]

A propósito del contenido del derecho natural, es conveniente evitar dos extremos: uno, no ampliarlo en demasía, haciendo entrar en él cualquier regla razonable de la actividad social, aun cuando no constituye un principio necesario para organizar de acuerdo con la razón la convivencia humana; el otro, no menos peligroso que el primero, que consistiría en reducirlo a un mínimo de normas tan generales que sólo representan una orientación. La verdad es que el derecho natural —como lo indica Preciado Hernández— no es un código ideal de normas deducidas de una noción abstracta de la naturaleza humana, que se apliquen siempre de modo idéntico a todos los pueblos y en todos los lugares; pero tampoco es la sola idea de justicia o de finalidad en el derecho. El derecho natural comprende los criterios supremos rectores de la vida social, así como todos los principios necesarios para la organización de la convivencia humana, fundados en la naturaleza racional,

675. *S. Th*. Ia-IIae, q. 94. a. 2.

libre y sociable del hombre.[676] En otro lugar —según mi opinión— complementa lo que aquí ha escrito: "... el derecho natural constituye el conjunto de criterios y principios éticos que sirven de fundamento a la obligatoriedad de las reglas jurídicas, y las convierte en auténticas normas de derecho".[677]

Al respecto, N. Bobbio comenta: "Si la doctrina del derecho natural es tan antigua como la filosofía occidental, la doctrina de los derechos naturales, fundamento de las famosas declaraciones, es moderna. Ahora bien, el paso de la doctrina tradicional del derecho natural a la doctrina moderna de los derechos naturales se produce dentro del sistema iusnaturalista, y es un paso muy rico en consecuencias.[678] Además —señala—, el iusnaturalismo ha desempeñado una función histórica permanente y fundamental, la de establecer límites al poder del Estado. Asimismo, la teoría de los derechos naturales, que se consolida en el iusnaturalismo moderno, representa la confirmación de los límites del poder estatal, considerados no ya desde el punto de vista del poder exclusivo de los gobernantes, sino también desde el punto de vista de los derechos del gobernado.[679]

De conformidad con la doctrina kantiana —indica Verdross—, la misión única del derecho consiste en proteger la libertad de los hombres, el único derecho natural subjetivo es la "libertad", en cuanto puede coexistir con la libertad de los demás, según una ley universal. Este derecho natural a la libertad es "el único derecho originario que corresponde a cada hombre como elemento integrante de la humanidad".[680]

Positivismo jurídico

Relacionado con lo que hemos escrito en el apartado anterior, es necesario aclarar aquí lo que se entiende por la palabra "positivismo", y habrá que decir que de ella no existe una única definición; todos los autores que la utilizan le dan distinto significado. La expresión "positivismo" —observa Ulises Schmill O.— designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, algu-

676. *Op. cit.*, pp. 239-240.
677. *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, p. 30.
678. *Teoría general de la política*, p. 523.
679. *Ibid.*, p. 525.
680. A. Verdross, p. 232.

na de las cuales se encuentran en relativa oposición entre sí.[681] Sin embargo, en todas ellas encontramos aportaciones muy valiosas y trascendentes de carácter metodológico, particularmente en el avance de ciertos presupuestos culturales que tienen carácter previo: preocupación vital sobre ciertos problemas, con una forma especial de tratarlos, así como con el rechazo concomitante de otra clase de posiciones filosóficas o religiosas, en relativa oposición a las ciencias empíricas.

El positivismo no es —señala el mismo Ulises— un paradigma terminado, concluido, definitivo, sino una posición filosófica ante los problemas más acusiantes del conocimiento y la moralidad. El postulado fundamental es que la ciencia es el único criterio de verdad, la "medida" de lo que es y de lo que no es, de lo que existe y de lo que no existe, así como de aquello sobre lo que tiene sentido la formulación de preguntas y la obtención de las respuestas correctas. Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía una sola actividad que no tuviera una coloración ultramundana, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval en donde ninguna cuestión religiosa tenía cabida ni podía legitimarse.[682] Conclusión lógica: si la ciencia era el único conocimiento válido, sólo los hechos empíricos serían objeto de culaquier conocimiento posible. Por consiguiente, el positivismo niega la posibilidad de cualquier otro conocimiento que no sea el conocimiento de hechos empíricos observables, y, por tanto, niega la existencia de fuerzas o acontecimientos de carácter trascendente, sobrenatural o metafísico.

Del positivismo filosófico, como es evidente, se desprende el positivismo jurídico, y sus principios se aplican de manera rigurosa a este último, de los cuales pueden desprenderse las características fundamentales de los diversos usos que la expresión "positivismo jurídico" ha tenido en el transcurso del tiempo.

Por lo que se refiere al derecho positivo, −dice N. Bobbio− que es a finales del siglo XI, concretamente en el filósofo medieval, Abelardo (1079-1142), representante del naturalismo racionalista, cuando se encuentra la primera utilización de la fórmula *jus positivum*, al escribir: "*Positivae autem justitiae illud est quod ab hominibus institutum, ad utilitatem*...". Por consiguiente, se-

681. "El positivismo jurídico", en Garzón V. E. y Laporta J. F. (comps.), *El derecho y la justicia*, p. 65.
682. *Ibid.*, p. 67.

gún Abelardo, el derecho positivo *illud est <quod est institutum*; es decir, su característica principal es la de ser creado por los hombres, a diferencia del derecho natural que no es creado por ellos, sino por algo (o alguien) que está por encima, como la naturaleza (o Dios mismo).[683] Dicho dato histórico lo encontramos desarrollado en forma más clara en el Diccionario Jurídico Mexicano, en el que Rolando Tamayo y Salmerón escribe: "La mención más antigua de *ius positivum* de que disponemos se encuentra en Abelardo, en un pasaje de su diálogo: *Inter philosophum, judaeum et christianum*, y reza así: *"Jus quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur"*. (Existen pues dos clases de derecho el natural y el positivo). El propio Abelardo define *ius positivum*: "... *Naturale quidem jus est ...positivae ...quod ab hominibus institutum.. aut sola consuetudine aut scripti nititur autoritate"* ("...el derecho es, así, natural y ... positivo... es aquel que ha sido establecido por el hombre... y se basa bien sea sólo en la costumbre o en la autoridad de los textos").[684]

Con cierto matiz de innovación, se puede decir con A. Kaufmann, que la filosofía del derecho medieval reemplaza la división en derecho natural y legal (positivo), por la tridivisión en derecho divino (eterno), natural y humano (positivo, temporal);[685] que aparecerá con toda claridad en Santo Tomás de Aquino, figura cumbre del pensamiento medieval y uno de los más grandes filósofos y teólogos de la historia. Con él, la teoría del derecho natural adquirió forma acabada. Los materiales dispersos en épocas anteriores fueron perfilados y completados en una armónica construcción que destaca en mucho respecto de cualquier otro autor precedente.

Para N. Bobbio hay algo peculiar en esta teoría del derecho natural, llamada por él *corriente del derecho natural*: existe una tendencia general en sus teóricos a reducir *la validez a la justicia*. E intenta definirla como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia.[686] Respecto a lo cual Santo Tomás ya había sostenido: "toda ley humana si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley", *iam non erit lex sed legis corruptio.* [687] Por el contrario, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley natural o ley de la naturaleza; es decir, en la medida que sea justa.[688]

683. *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, pp. 38-39.
684. Voz: "Derecho positivo", *Diccionario Jurídico Mexicano*, p. 1025.
685. *Op. cit.*, p. 67.
686. *Teoría general de derecho*, p. 27.
687. *S. Th.* I-II. q. 95. a. 2.
688. *Idem*.

Porque va en la línea de su pensamiento, N. Bobbio señala que una formulación reciente de ese principio del Aquinatense la encontramos en Gustav Radbuch, expresada como sigue: "Cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez... los juristas también deben tener el valor para negarle el carácter jurídico"; y más adelante escribe: "Pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico... Puesto que hay principios jurídicos fundamentales que son más fuertes que cualquier normatividad jurídica hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de validez"; y más aún, "cuando la justicia no es aplicada, cuando la igualdad que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas del derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto sino que en general carece de juridicidad".[689]

A Gustav Radbruch, gran iusfilósofo, se le debe no sólo el inicio del llamado "renacimiento del iusnaturalismo" de fines de los cuarenta y de la década de los cincuenta, del siglo pasado; sino que también fijó el punto de partida de una discusión que dura hasta el día de hoy. Su concepción influyó de manera tan notable en los tribunales supremos alemanes, que —en palabras de Lotear Kuhlen— la Corte Federal en Asuntos Penales y en Asuntos Civiles, lo mismo que el Tribunal Federal Constitucional, suelen sostener, invocando a Radbruch, que se debe negar validez a determinadas prescripciones jurídicas, por contradecir en medida intolerable el derecho natural, la justicia, o un ámbito esencial del derecho.[690] Tesis que ya había sido sostenida por el Aquinate al indicar que "una cosa que de suyo repugna al derecho natural no puede convertirse en justa por la voluntad humana, por ejemplo decretar que sea permitido robar o cometer adulterio.[691]

La teoría opuesta al iusnaturalismo —según el mismo N. Bobbio— es la doctrina que *reduce la justicia a la validez*. Mientras que para el iusnaturalismo clásico debería tener valor de orden sólo lo que es justo, para la doctrina opuesta es justo sólo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado.[692]

689. *Idem*.

690. "Violaciones de norma en el derecho y la moral", en Garzón Valdés E. (coomp.), *Derecho y filosofía*, p. 183.

691. *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 2, ad 2.

692. *Op. cit*., p. 30.

Para un iusnaturalista, como hemos visto, una norma no es válida si no es justa; para la doctrina opuesta, una norma es justa sólo si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros, la validez es la consagración de la justicia. Esta doctrina es *el positivismo jurídico*. La teoría del derecho natural o iusnaturalismo se caracteriza básicamente por su dualismo jurídico, es decir, por la distinción de dos clases de derecho: el derecho positivo y el derecho natural, prevalente y paradigmático este último con respecto al primero. El dato básico del iusnaturalismo contrastado con el positivismo jurídico —según Soriano—, reside en la defensa de la doble juridicidad, natural y positiva, sostenida por aquél, contra la juridicidad única positiva defendida por el segundo. Los iusnaturalistas creen en la existencia de dos derechos: el natural y el positivo. Los positivistas, en uno solo: el derecho positivo establecido por los poderes públicos. En una versión clásica e histórica del iusnaturalismo, no es propiamente iusnaturalista quien admita que sólo hay una juridicidad: la de las normas jurídico-positivas.[693]

Crisis moderna del derecho natural

Las ideas, con el paso del tiempo —por la problemática que acompaña a cada momento o época histórica, por las necesidades que padece el ser humano y en razón del contexto sociocultural que se vive, entre otras cosas—, cambian; es así, como el fin de la época conocida como la escolástica, que llegó a su punto más alto con Tomás de Aquino, comenzó con Guillermo de Ockam (1300-1359), padre de la corriente filosófica llamada *nominalismo*: según el cual, los conceptos universales no existen, son sólo nombres, *flatus vocis*; lo que realmente existe es lo concreto, lo singular, lo particular. De este reduccionismo ontológico ockamiano se desprende —según Kaufmann— que no puede darse un derecho natural universal existente en la realidad; lo que éste contiene en normas universales no es dado precedentemente, sino una generalización realizada por la ciencia, por la filosofía del derecho. El derecho natural es un producto de la teoría.[694]

Como hemos escrito, con el filósofo señalado, Guillermo de Ockam, comienza el fin de la escolástica, al mismo tiempo que da inicio lo que aún hoy día no concluye: el desconocimiento o la actitud de rechazo del derecho na-

693. *Op. cit.*, p. 180.
694. *Op. cit.*, p. 67.

tural como derecho en sentido estricto. Inicio que es alimentado por hechos que tienen lugar en los siglos inmediatos a la muerte de este autor, y que son vistos como una amenaza al propio derecho natural: El descubrimiento de América, la revolución protestante, la aceptación del maquiavelismo en la política, el abuso del poder por parte de las monarquías y la necesidad de unas normas internacionales. Con todo ello se corría el riesgo de identificar el derecho con la fuerza y de convertir al despotismo en el único árbitro de las relaciones humanas.

Con la intención de atajar estos peligros que ponían en riesgo la existencia del derecho natural, nace el *iusnaturalismo* configurado en los siglos XVII y XVIII por Thomas Hobbes, John Locke y Jean J. Rousseau, de inspiración eminentemente política, con dos fines muy claros: la tolerancia religiosa y la limitación de los poderes estatales. Lo más notable de este nuevo rostro del iusnaturalismo, es que el derecho natural deja de ser interpretado como participación humana en el orden perfecto del universo; se convierte más bien —señala Hervada— en una reglamentación de las relaciones humanas fundadas en la razón, pero autónomas e independientes de Dios. De esta manera, el derecho natural queda reducido a una mera técnica racional de coexistencia.[695]

Por consiguiente, con todos los acontecimientos que hemos señalado, líneas arriba, el iusnaturalismo tradicional entró en una crisis profunda, derivando rápidamente en una concepción del derecho como fuerza. Al negarse la vinculación natural de la razón con la naturaleza y con Dios, no quedaba otra alternativa que el recurso a la fuerza. De esta manera el derecho se convierte en una fuerza históricamente acumulada en el Estado; por esa razón, el Estado es el derecho positivo mismo, ante el cual al individuo no le queda más que obedecer. El Estado es Dios presente en la tierra y tiene razón siempre, porque tiene la fuerza. Por lo mismo, no habrá más ley que la fuerza omnipotente del Estado, ni más libertad que la de dejarse situar en la plataforma de dicha fuerza por los dirigentes políticos.

Como resultado de la situación anterior, tenemos que el derecho natural es considerado como una pura ficción, por lo que sólo cuenta el derecho positivo como objeto de manipulación científica al margen de toda consideración absoluta o trascendente. A lo más, —indica Hervada— el derecho es

695. *Cfr. Historia de la ciencia del Derecho natural*, p. 252.

considerado como un instrumento de convivencia sociopolítica, cuya razón de ser se basa en la eficacia para conseguir unos objetivos preestablecidos; es decir, una técnica más o menos hábil para hacer posibles las relaciones humanas.[696] Con ello se exaltaba la utilidad como suprema norma del derecho: "Derecho es lo que es útil a la nación". Principio que ha de ser juzgado —de acuerdo con la doctrina social cristiana— a través del siguiente criterio: las leyes humanas que están en oposición insoluble con el derecho natural adolecen de un vicio original que no puede subsanarse ni con las opresiones ni con el aparato de la fuerza externa.[697]

García Máynez, por su lado opina, que, "tanto el *ius naturale* como el iusnaturalismo en cuanto posición doctrinaria, son formas de referencia totalmente engañosas, pues ni existe el derecho natural como conjunto sistemático de normas, reconocibles por todo el mundo, ni tampoco una, sino incontables teorías acerca de ese *derecho* que la mayoría contrapone a los ordenamientos positivos. Sin embargo, al mismo tiempo reconoce, que, no obstante las grandes dificultades que se encuentran al hablar de este derecho, ningún jurista puede dejar de preguntarse si existe o no un derecho natural, ni de inquirir, dado que exista, cuál es la índole de sus prescripciones, en qué se fundan éstas y cómo es posible distinguirlas de las del derecho positivo".[698]

En un intento por reafirmar las últimas palabras de su comentario anterior, el mismo autor en otro lugar dejó escrito: "La conquista de ciertos derechos fundamentales y, en general, el ensanchamiento de la esfera de la libertad jurídica sólo pueden lograrse, desde el punto de vista del iusnaturalismo, si esos derechos son reconocidos por el ordenamiento positivo, lo que necesariamente implica, de no existir tal reconocimiento, la exigencia de reformar, de modo pacífico o por la vía revolucionaria, las prescripciones en vigor".[699]

A Eusebio Fernández, por su parte, le resulta difícil la aceptación sin matizaciones del significado literal del término derecho natural. Sin embargo está de acuerdo con la función y con la aspiración ética que históricamente han venido representando las teorías iusnaturalistas. Por lo cual expresa que existen razones epistemológicas serias y relevantes en contra de la consi-

696. J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, p. 259.

697. Pío XI, "Mit brennender sorge", n. 35 (14 de marzo de 1937), en *Doctrina pontificia II, Documentos políticos*, p. 658.

698. *Filosofía del derecho*, p. 497.

699. *Introducción a la Lógica jurídica*, p. 222.

deración del derecho natural como ontología jurídica o teoría del derecho,[700] basándose para ello en lo que escribe J. L. Aranguren:

> el viejo nombre de derecho natural puede no gustar, porque ni es estrictamente natural (dado con la naturaleza), ni es estrictamente derecho (positivo). Pero apunta a una actitud demandante que lleva en su seno la pretensión jurídica. [...] El llamado derecho natural es, en acto, más moral que jurídico; pero en potencia, en intencionalidad, es el derecho del porvenir inmediato, es la prefiguración del orden jurídico futuro. El derecho natural consiste precisamente, en la pretensión de positividad (fundada, metapositivamente, en su carácter natural, es decir, indiscutible), en el movimiento de dirección hacia la positividad, y en la vigencia social, en cuanto preparatoria y anticipatoria de la vigencia jurídica. La culminación de su pretensión se lograría con el reconocimiento jurídico de todos los derechos naturales para todos los pueblos.[701]

La afirmación de que el derecho natural no sea estrictamente natural o dado por la naturaleza (exceptuando quizá lo que Hart ha denominado el contenido mínimo del derecho natural), encuentra un eco muy sólido en Bobbio, quien ha señalado que la noción de naturaleza es de tal modo equívoca, que se han llegado a considerar como igualmente naturales derechos diametralmente opuestos.[702] De igual manera, sobre la afirmación que el derecho natural tampoco es estrictamente derecho con el mismo título que el derecho positivo, lo sustenta Bobbio, ya que carece del atributo de la eficacia y además no garantiza la paz ni la seguridad.[703]

Aunado a lo anterior, y como es obvio, según el positivismo jurídico, ese presunto derecho natural como fundamento racional de las leyes no existe, no tiene carácter jurídico. La única fuente de derechos y obligaciones será el Estado y las autoridades civiles. Admitir algo anterior y más fundamental como asiento racional de las costumbres y leyes civiles equivaldría a incidir en un idealismo antipráctico. Ideas que encuentran su respaldo en Tehodor Geiger, uno de los iniciadores de la *Sociología jurídica*, al expresar lo siguiente: Se afirma que el ordenamiento jurídico cuida de intereses presuntamente dignos y necesitados de protección, que los asegura por medio de garantías

700. *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 39.
701. *Cfr. Ética y política*, pp. 37-38.
702. N. Bobbio, "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en Bobbio *et al.*, *Crítica del derecho natural*, p. 237.
703. *Ibid.*, p. 236.

jurídicas y que crea con ello derechos subjetivos. Se considera como falsa esta teoría: la escuela jurídica de Uppsala[704] subraya que no puede darse ningún interés anterior al ordenamiento jurídico positivo. Las concepciones del derecho natural son perjudiciales por cuanto defienden la existencia de intereses jurídicos anteriores e independientes de cualquier derecho positivo o de intereses que, en virtud de su esencia y tipo, son objetos indicados *per se* de la protección jurídica. En la actualidad los juristas están lo bastante empapados de realismo como para comprender que no existe ningún interés jurídico anterior al ordenamiento jurídico positivo. Ha rehusado a toda posibilidad de definir, con arreglo a criterios del derecho natural u otros criterios objetivos, de qué relaciones de la vida se ha de ocupar el derecho positivo y con qué espíritu ha de ordenarlas.[705]

La doctrina del derecho natural —en opinión de Kelsen— sostiene que hay una ordenación de las relaciones humanas diferente del derecho positivo, superior a éste y absolutamente válida y justa, en cuanto oriunda de la naturaleza, de la razón humana o de la voluntad de Dios. ... Las leyes de la naturaleza poseen, de acuerdo con tal teoría, el mismo carácter que se atribuye a las normas jurídicas promulgadas por un legislador. ... Sin embargo, ninguna de las numerosas teorías sobre el derecho natural ha logrado definir con éxito el contenido de ese orden justo en una forma que siquiera se aproxime a la exactitud y objetividad con la cual la ciencia natural puede determinar el contenido de sus leyes, o la jurídica el contenido de un ordenamiento positivo. Y concluye diciendo: lo que ha sido presentado como derecho natural o, lo que equivale a lo mismo, como justicia, consiste en su mayor parte en fórmulas vacías, como *suum cuique* ("a cada quien lo suyo").[706]

Esta postura kelseniana, es una de las razones por las que N. Bobbio asocia positivismo jurídico con formalismo, como una crítica al mismo, que consiste en atribuir al derecho que es, por el sólo hecho de existir, un valor positivo, independientemente de cualquier consideración en torno de su eventual co-

704. Una de las escuelas escandinavas más relevantes. Según esta escuela la ciencia jurídica es pura ciencia natural, y por lo tanto, es inútil buscar un fundamento para el derecho más allá de la realidad, la ciencia del derecho debe analizar únicamente las causas que determinan el comportamiento jurídico. Además, según la concepción de Uppsala, la ciencia del derecho está afectada por la metafísica. De ahí, que desterrar la metafísica y, con ello, crear los presupuestos para una teoría científica del derecho es una de las tareas que se han impuesto los partidarios de esta Escuela. Geiger, T., *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, p. 69.

705. *Estudios de sociología del derecho*, pp. 146-147.

706. *Cfr. Teoría general del Derecho y del Estado*, pp. 9-11.

rrespondencia a un orden justo o ideal. Sobre lo cual concluye García Máynez: el formalismo halla su raíz en la naturaleza del derecho y en la función que éste desempeña dentro de la sociedad. Hay que reconocer, por otra parte, que al lado de los valores jurídicos de carácter sustancial existen otros formales, como el orden, la constancia, la coherencia. El temor al formalismo no debe, por ende, exagerarse, "pues éste sigue al derecho como la sombra al cuerpo: el que pretendiese eliminarlo tendría que proceder como quien, por miedo a su propia sombra, se sintiera constreñido a destruir su propio cuerpo".[707]

Frente a los argumentos anteriores que ponen en duda o de manera abierta niegan la existencia del derecho natural, encontramos las palabras —curiosamente de un gran iuspositivista, ya citado—[708] de H. L. A. Hart: "La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del derecho natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre".[709]

R. Dworkin, por su parte —dice Calsamiglia—, rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, única vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas; ya que una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una doctrina peligrosa.[710] En esta obra, *Los derechos en serio*, se encuentra una de sus tesis más importantes contra el positivismo jurídico, que es su distin-

707. M. E. García, *Positivismo jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, p. 32.

708. Eusebio Fernández sustenta que "la posición hartreana no puede ser calificada ni como iusnaturalista ni como positivista. No es iusnaturalista porque se distingue entre la moral y el Derecho, entre el Derecho que es y el Detrecho que debe ser. Tampoco es positivista porque rechaza la separación tajante, sin ningún punto de conexión o coincidencia, entre la moral y el Derecho". *Teoría de la justicia y derechos humanos*, p. 63.

709. *El concepto de derecho*, pp. 238-239.

710. A. Calsamiglia, "Prólogo", en Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 8.

ción entre principios y normas. La tesis establece que "cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.[711] Los principios son imperativos de justicia, de honestidad, de moral; así, por ejemplo, "nadie puede beneficiarse de su propio delito".[712] Las normas legales, por su parte, son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto. Por ejemplo: un testamento no es válido, si no está firmado por tres testigos.[713]

De igual manera, partiendo de la clásica distinción bobbiana entre positivismo teórico, metodológico e ideológico —según Rodolfo Luis Vigo—, sabido es que este último afirma que el derecho positivo por el solo hecho de serlo, es válido y debe ser obedecido incondicionalmente cualquiera que sea su contenido;[714] frente a lo cual la conclusión del profesor de Oxford es terminante: "he dicho que cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos, debe abandonar la idea de un deber general de obedecer la ley que sea válido en todos los casos".[715] Idea en la que está de acuerdo Hart al señalar que "la obligación moral de obedecer el derecho, puede ser desplazada en casos particulares por una obligación moral más fuerte de no obedecer normas particulares moralmente inicuas".[716]

Según García Máynez, las doctrinas iusnaturalistas tienen algo en común: "Caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínseca de su contenido".[717] En consonancia con lo que ha escrito, señala que el fundamento de tal derecho no es la naturaleza física o biológica, ni la psicológica o social del individuo humano, sino la del Creador del Universo, a través de cuyas leyes se manifiestan su inteligencia o su arbitrio.[718] En este sentido dirá Jolivet: Con el nombre de

711. *Ibid.*, p. 72.
712. *Ibid.*, p. 76.
713. *Ibid.*, p. 74.
714. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, p. 187.
715. *Los derechos en serio*, p. 291.
716. *El concepto de derecho*, p. 195.
717. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, pp. 111-112.
718. *Ibid.*, p. 114.

ley natural entendemos una ley que es conocida por las luces naturales de la razón como derivada de la naturaleza de las cosas, que procede de Dios como autor de la naturaleza y que dirige la actividad del hombre hacia su fin último, que consiste en la perfección de su naturaleza o la plenitud de su humanidad. Así la ley natural (o como se expresa más corrientemente, el derecho natural) puede definirse como una participación de la ley eterna en la criatura racional.[719]

J. M. Terán, por su parte observa, que los conceptos razón e historia tienen un papel trascendente cuando se hable del derecho natural y del derecho positivo. Si por derecho positivo entendemos "el derecho establecido y existente para un tiempo y lugar determinados", podemos ver que la dimensión histórica le es esencial: el derecho positivo es necesariamente histórico. En cambio el derecho natural es aquél que existe para todo tiempo y todo lugar, universal y necesario; como tal, es un derecho racionalmente establecido, no creado históricamente. En todo caso, lo histórico del derecho natural son las doctrinas o las escuelas que se han preocupado de su estudio. Pero en sí mismo es anti-histórico en el sentido de su contraposición a la variabilidad histórica del derecho positivo.[720]

En razón de lo anterior, Carlos I. Massini Correas, señala que de todas las diferentes versiones en que se ha presentado el paradigma positivista a lo largo del siglo en que alcanzó preponderancia (el XX), la que logró mayor perdurabilidad, de manera particular en el pensamiento anglosajón, ha sido la que se denomina de manera habitual "positivismo analítico".[721] Por lo que si ya sabemos qué se entiende por positivismo jurídico, ahora conviene investigar qué es el positivismo analítico. Para lo cual, primero veremos qué dice al respecto la filosofía.

Históricamente —escribe Ferrater Mora— la filosofía analítica surge en Inglaterra con G. E. Moore y Bertrand Russell y, en el caso de Bertrand Russell, está estrechamente relacionada con los desarrollos en la lógica desde Frege. Ello ha hecho que en ocasiones se hayan casi identificado filosofía analítica con lógica y que se haya llegado a la conclusión de que todo lógico es un filósofo analítico y todo filósofo analítico está por lo menos interesado en lógica.[722] De un modo muy general puede sostenerse —según Massini

719. Jolivet, *El hombre metafísico*, p. 124.
720. *Op. cit.*, p. 225.
721. *Cfr. Filosofía del derecho*, pp. 211-212.
722. Voz: "filosofía analítica", en *Diccionario de filosofía*, p. 1194.

Correas— que la concepción analítica de la filosofía se caracteriza: por la primacía otorgada al estudio del lenguaje como lugar filosófico; por el uso de métodos de carácter analítico-descompositivo en el estudio de ese lenguaje, y por su concentración en las problemáticas lógicas, metaéticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica, en especial de los ético-normativos.[723]

Por su parte, la concepción analítica del derecho o positivismo analítico se enmarca a sí misma en la tradición de la semántica empirista, que puede ser caracterizada por las siguientes notas: distinción entre el derecho y la moral; reducción del conocimiento y, en especial, de la ciencia jurídica al análisis del lenguaje jurídico-positivo, y empirismo noético y semántico, con sus consecuencias de radical escepticismo moral. Pero lo importante y verdaderamente decisivo en esta corriente —señala Massini Correas— radica en la decidida exclusión de la problemática de la justicia de las consideraciones que se conceptúan como estrictamente jurídicas: el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay un abismo infranqueable.[724]

De la ley

A manera de introducción a este punto, me parece conveniente distinguir tres conceptos o términos que guardan entre sí cierta relación: norma, regla y ley.

Comencemos por la ley. "Las leyes en su más amplia significación —escribe Montesquieu—son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. En este sentido todos los seres tienen sus leyes".[725] Una nota peculiar de las leyes, según la definición dada, es, que expresan relaciones necesarias según la naturaleza de las cosas. Pero como la naturaleza es diversa —lo cual es obvio—, las necesidades serán también diferentes: necesidad lógica, necesidad física y necesidad moral. La *necesidad lógica* es la que relaciona dos términos u objetos que no son materiales sino entes de razón u

723. *Op. cit.*, t. I, El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, pp. 214-215.
724. *Ibid.*, p. 216.
725. *Del espíritu de las leyes*, p. 31.

objetos ideales; por ejemplo, la relación entre el antecedente y el consiguiente; la *necesidad física*, es la que relaciona dos fenómenos como causa y efecto: en igualdad de condiciones las mismas causas producen los mismos efectos. En la *necesidad moral* ya no se trata de objetos ideales ni de fenómenos, sino de un acto y el bien racional del hombre, o, el acto y sus consecuencias con un fin valioso: ayudar al necesitado.

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, con Preciado Hernández, podemos especificar cada uno de los términos propuestos: La expresión o fórmula enunciativa de una relación necesaria, es a lo que se da propiamente el nombre de *ley*; y la fórmula o expresión imperativa fundada en la ley y dirigida a la voluntad, es la *regla*, que cuando expresa una relación de necesidad moral, se llama propiamente *norma*.[726] De esta clasificación terminológica, lo que nos interesa por el momento es el término *ley*.

La ley y su división

Santo Tomás de Aquino, al tratado de la ley, le dedica buena parte de la Suma Teológica: de la cuestión 90 a la 108 de la Ia-IIae. Se abre el tratado con la cuestión 90, en la que el autor se da a la tarea de estudiar la esencia de la ley; es decir, su objetivo es darnos a conocer sus elementos esenciales: sujeto donde reside; causa eficiente; causa final; promulgación de la misma y definición. Sobre lo cual, el P. Carlos Soria, una vez que se encuentra con la definición de la ley hace el comentario siguiente: "En esta definición, Santo Tomás recoge cada uno de los elementos esenciales que concurren a la constitución de la ley, y que no son sino cuatro causas. Trata aquí de la esencia de la ley en general, esencia que se realiza a su modo en cada una de las diversas clases de leyes, pero que no es exclusiva de ninguna. Por eso, la definición de ley a la que llega Santo Tomás, propiamente hablando, no se refiere únicamente a la ley humana o civil; vale también para la ley eterna y para la ley natural, así como para la ley divina positiva y la ley eclesiástica, en cuanto realizan en sí mismas el concepto de ley. Esos elementos esenciales se realizan cuando: la ley sea fruto no de la arbitrariedad o del capricho, sino de la razón, de una razón impregnada de la fuerza motiva de la voluntad, que da eficacia al mandato; cuando vaya encaminada a conseguir un auténtico bien común de la sociedad y no al provecho privado del gobernante o de

726. H. R. Preciado, *op. cit.*, p. 73.

otros individuos o grupos particulares; cuando sea dictada por alguien que posea la autoridad de gobierno, bien la misma comunidad o aquél que legítimamente hace sus veces, y, finalmente, cuando sea realmente promulgada, impuesta a la comunidad, pues antes no sería, en el mejor de los casos, más que un proyecto de ley".[727]

Por lo que corresponde a la ley humana, el Angélico señala, "que así como, en el orden especulativo, de principios indemostrables naturalmente conocidos fluyen las conclusiones de las diversas ciencias, así también es necesario que la razón práctica llegue a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables. Estas disposiciones particulares de la razón práctica reciben el nombre de leyes humanas cuando cumplen todas las demás condiciones que pertenecen a la naturaleza de la ley".[728] De esta manera, de las cuatro conclusiones establecidas (artículos 1, 2 y 3) puede colegirse —dice Santo Tomás— una definición de la ley: "La ley no *es más que una ordenación de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad*".[729] Un poco más adelante, asigna el doctor Angélico tres cualidades o características esenciales a la ley humana: su dependencia de la ley eterna; su derivación de la ley natural y su relación al fin propio, que es la utilidad de los hombres, es decir, el bien común civil.[730] A todo lo cual le añade una nota más, quizá por redundar; quizá para que no se nos olvide cómo deben ser las leyes, éstas, las creadas por los hombres: "Como dice San Agustín —escribe Tomás de Aquino— la ley que no es justa no parece que sea ley". Derecho justo es aquél que no contradice ese derecho natural. La moralidad inevitable de todo derecho humano consiste en su acomodación o respeto de un orden moral mínimo para las relaciones sociales, que está escrito en la naturaleza humana, que es el derecho natural. Si la racionalidad de la ley está también en su justicia es porque la primera norma de la razón es la ley natural, dice Tomás de Aquino. Por consiguiente, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza. Una ley injusta no es ley sino una "corrupción de ley".[731] En suma, el

727. "Comentario e introducción a la cuestión 90", en *S. Th*, t. VI, p. 33.

728. *Ibid.*, a. 3.

729. *S. Th.*, Ia-IIae, q. 90, a. 4.

730. Ia-IIae, q. 95, a. 3.

731. *S. Th.*, q. 95, a. 2.

derecho es tal porque es justo, no porque es mandato: *ius quia iustum, non ius quia iussum*.

Para entender el concepto de ley del doctor Angélico hay que tener en cuenta que él recoge de Aristóteles una concepción finalista de todo el universo, uniéndola —observa Alfonso Ruiz Miguel— también a la idea estoica de orden cósmico racional, pero entendido ahora no como una especie de espíritu identificado panteísticamente con lo natural, al modo estoico, sino al modo judeo-cristiano, como dirigido por un Dios personal y creador de todas las cosas.[732] Ese Dios que crea todas las cosas de la nada, las crea como agente libre, manifestando en ellas su infinita bondad, y orientándolas a una finalidad. Y esa finalidad es la que está inscrita en la *Ley eterna*, como veremos en seguida.

En la cuestión 91 de la *Summa Theologica*, Santo Tomás expone la división de la ley, que se complementará con el contenido de las subsecuentes cuestiones. "La ley —en general, escribe— no es más que el dictamen de la razón práctica del soberano que gobierna una sociedad perfecta. Pero es manifiesto que todo el conjunto del universo está sometido al gobierno de la razón divina. (...) Y como la razón divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepción es eterna, por fuerza la ley de que tratamos debe llamarse eterna".[733] Ley, que no es otra cosa que "*la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos*".[734] En los siguientes artículos de esta misma cuestión 93 están señaladas las notas propias de la ley eterna: a) es conocida por todos (a. 2.); b) toda ley se deriva de la ley eterna, en la medida que participa de la recta razón (a.3.); y, c) a la ley eterna están sometidas todas las propiedades de las cosas creadas por Dios, sean contingentes o necesarias (arts. 4 y 5.).

En lo que se refiere a la *ley natural*, el Aquinate escribe: "... como todas las cosas, que están sometidas a la divina Providencia, sean reguladas y medidas por la ley eterna, es manifiesto que todas las cosas participan de la ley eterna de alguna manera...". "La criatura racional, entre todas las demás, está sometida a la divina Providencia de una manera especial, ya que se hace partícipe de esa providencia, siendo providente sobre sí y para los demás. Participa de la razón eterna; ésta le inclina naturalmente a la acción debida y al fin. Y semejante *participación de la ley eterna en la criatura racional se llama*

732. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, p. 112.
733. *S. Th.*, Ia-IIae, q. 91, a. 1.
734. *S. Th.*, Ia-IIae, q. 93, a. 1.

ley natural".[735] Esa participación se llevará a cabo a través del primer principio práctico universal llamado "Sindéresis": *bonum est faciendum et malum vitandum* (se debe hacer el bien y evitar el mal); todos los demás preceptos se derivan de éste como de su fuente.[736]

En los siguientes artículos: 4, 5 y 6 de esta misma cuestión 94, dejó escritas las cualidades o características de la ley natural: a) sobre la *universalidad* de la ley natural, sostuvo que es la misma para todos los hombres; b) sobre la *inmutabilidad* de la ley natural, indica que puede mudarse, sea por adición de alguna cosa que sea muy útil a la vida humana, o por substracción, es decir, que deje de ser de ley natural algo que antes lo era. Pero en cuanto a los primeros principios, la ley natural es absolutamente inmutable; y, c) si la ley natural *es imborrable*, sostiene que en cuanto a los principios generales la ley natural es imborrable, no así en lo que se refiere a los preceptos o principios secundarios. Características o notas que son atribuibles, por lógica, al derecho natural.

Otra, es la *Ley divina* que está comprendida y descrita en la cuestión 100 dividida en 12 artículos, que no es otra que la ley dada por Dios a todo el género humano en la persona de Moisés en el Monte Sinaí a través del pueblo hebreo; cuyo contenido lo conforman los diez mandamientos; es decir, el Decálogo,[737] que no es otra cosa que la ley del amor: Amor a Dios y amor al prójimo.

Por último, a la ley destinada especialmente a los seres humanos la denominó Santo Tomás *ley humana* o positiva, la contraparte de la ley eterna en sentido amplio, incluida en ella la ley natural. La subdividió en *ius gentium* y *ius civile*. Esta ley, por un lado, es específica de los seres humanos, pero por el otro no hace sino aplicar a la especie humana los principios superiores de orden que prevalecen en todo el universo. Toda ley fija una pauta con arreglo a la cual se ve obligado a actuar o a no actuar un ser de alguna clase. Para el ser humano la pauta la establece *la razón*. Y la razón, para el hombre, implica la *sociabilidad*, la cual, a su vez, supone una *autoridad pública* que conduzca a la sociedad humana al *bien común*. De aquí que la ley tenga siempre tras sí una *autoridad general* y tenga al mismo tiempo la sanción de una persona pública a la que se ha delegado el cuidado de la comunidad, en el caso de incumplir aquélla. Santo Tomás consideraba asimismo la *promulgación* como

735. *Ibid.*, a. 2. Las cursivas son mías.

736. *S.Th.*, Ia-IIae, q. 94, a. 2.

737. Ia-IIae, q. 100, dividida en 12 artículos.

requisito esencial de la ley, de forma expresa o propia, esto es, dada a conocer mediante su publicación, sea de forma oral o escrita; de ahí su conocida definición que da de la misma: *"Ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad"*.[738] De esta manera, la ley *humana* —para González Uribe— es un corolario de la *ley natural*, y no tiende sino a hacerla más definida y efectiva para proveer a las exigencias de la vida humana.[739]

Santiago Ramírez, gran comentarista del Aquinate, puntualiza que existe una verdadera diferencia de esencias entre el derecho civil y el derecho de gentes en relación al derecho natural. Si bien, el derecho de gentes tiene algo de positivo —en cuanto al esfuerzo que pone el hombre para descubrirlo y no para constituirlo—, propia y esencialmente es un derecho natural, como ajustado que es a la misma naturaleza de las cosas. El derecho civil, en cambio, es puramente positivo, porque el trabajo del hombre que lo determina, no solamente lo declara, sino que verdaderamente lo constituye. Esto es, entre lo esencial e intrínsecamente justo o ajustado como es el derecho natural y de gentes, y lo no justo o ajustado intrínseca y esencialmente, sino por libre determinación del hombre, como ocurre en el derecho civil o puramente positivo, existe una diferencia verdaderamente específica.[740]

Derecho y moral

Hemos estudiado ya la problemática que comprende acercarnos al derecho natural y al derecho positivo; de igual manera lo hicimos con la ley en sus diversas variantes; todo lo cual como preámbulo nos dispone para entrar de lleno al punto central de este capítulo: el binomio *derecho y moral*, que bien sea con la conjunción ilativa: derecho ***y*** moral, o con la conjunción disyuntiva: derecho ***o*** moral, ha representado un problema de los más discutidos en la filosofía del derecho, por las corrientes filosóficas de más vasto alcance, entre las que se encuentran el realismo moderado, el positivismo y el formalismo. En otras palabras, como lo expresa David Lyons: Una gran parte de la teoría moral se centra en las disputas entre los "*iusnaturalistas*" y los

738. *S. Th.*, Ia-IIae, q. 90, a. 4.

739. *Teoría política*, p. 630.

740. *El derecho de gentes. Examen crítico de la filosofía del derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez*, p. 111.

positivistas, que difieren acerca de las relaciones entre moral y derecho. Los positivistas apoyan la "separación entre derecho y moral", mientras que los iusnaturalistas la niegan.[741] De igual manera, Ralf Dreier comenta que las relaciones entre moral y derecho siempre han sido cuestionadas. Para unos, el derecho es preferente, para otros, es la moral, y hay quienes señalan que se trata de lo mismo y se encuentran en el mismo nivel. Lo cierto es que ni los propios positivistas pueden establecer normas contrarias a la naturaleza de las cosas. No cualquier contenido puede ser objeto de regulación jurídica.[742]

Kant divide a la moralidad en dos reinos, el derecho y la moral en sentido estricto: el primero de ellos se refiere a los deberes externos, a aquéllos que prescriben una cierta conducta, pero sin atender a los motivos del obrar; mientras que la moral tiene como materia los deberes internos, que son los que prescriben, no sólo una determinada conducta, sino, además, que se obre así y no de otra manera por la convicción del cumplimiento del deber.[743] Una conducta por simple inclinación no es, en opinión de Kant, una conducta moral.

Al tomar en cuenta, la discusión que ha tenido lugar en torno al derecho natural y al derecho positivo a través de los siglos, lo mismo sobre la ley: si hay o no relación entre las distintas clases de leyes, o si alguna de ellas es fundamento o no de las demás, de alguna manera es necesario conocer también lo que se ha dicho en relación a la moral y el derecho. Para el caso, el punto de referencia es Santo Tomás de Aquino que distingue entre lo justo natural y lo justo positivo. Al respecto sostiene, que lo justo, lo que es debido a otro, *id quod alteri debetur* puede derivar *ex ipsa natura rei* (de la naturaleza misma de la cosa; es decir, *ius est ipsa res iusta*: lo justo natural), o *ex condicto, sive ex communi placito hominum* (por convención o común acuerdo de los hombres; es decir, lo justo positivo).[744]

Graneris opina, en cuanto a lo primero (lo justo puede derivar *ex ipsa natura rei*), que si el eje de todo ordenamiento jurídico está en la cosa justa, significa que nace del mismo seno de la justicia y, por lo tanto, de la moral. De igual manera, si derecho es lo que se debe a otro, es algo a lo cual va unido el deber, y el deber emerge siempre de la moralidad. Nótese —previene el mismo autor— que este nexo es originario, intrínseco, constitutivo

741. *Ética y derecho*, pp. 72-73.

742. *Cfr. op. cit*., p. 75.

743. I. Kant, *Introducción a la Teoría del derecho*, pp. 108-109.

744. *S. Th.*, IIa-IIae, q. 57, a. 2.

del derecho mismo y, por consiguiente, no puede nacer ni vivir sino bajo la forma de cosa justa o debida. Por lo tanto, no es solamente tratar de salvar el imperio universal de la forma ética lo que impulsa al aquinate a someter a ella el derecho, sino porque, en su realismo, siendo el derecho *ipsa res iusta* ("la misma cosa justa"), lleva incluido en sí, como acto de su propio nacimiento, la exigencia moral.[745] Respecto a esto hay que tener en cuenta que Santo Tomás trata del derecho dentro del estudio de la justicia como virtud, porque para él el *ius* es el *obiectum iustitiae* ("el objeto de la justicia").[746] Más aún, el derecho es identificado con lo justo: *ius sive iustum* ("el derecho o lo justo").[747] Identificación que procede de la doble influencia que recibió de la concepción aristotélica de la justicia y de las definiciones del derecho de los jurisconsultos romanos influidos por el estoicismo.

Por consiguiente, sin pretender identificarlos —lo que es imposible—, pero tampoco sin la intención de separarlos —lo que sería un absurdo—, como lo han hecho algunos, diremos que entre derecho y moral hay cierta convergencia: derecho y moral serán dos ordenamientos de la actividad humana; los dos racionales; los dos éticos en cuanto enderezados al bien humano. Los dos son también sociales, aunque en esto Graneris encuentra más bien un punto de divergencia entre los dos órdenes: el moral ve al hombre colocado en la sociedad universal o espiritual de los seres racionales, cuyo bien común hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. El orden jurídico, en cambio, ve moverse al hombre en la sociedad exterior, cuyo bien común, al menos de modo inmediato y controlable, no se funda sin el efecto de la actividad externa. Por lo tanto —concluye—, el orden moral inviste a todo el hombre, promoviéndolo directamente a toda perfección, aun a aquella que el ojo empírico ve como individual e interior; el orden jurídico se limita a regular las acciones externas en cuanto con ellas los hombres mueven las relaciones de justicia, y en cuanto son regulables con medios sociales.[748] En la misma línea, Brieskorn señala, que un comportamiento legal no es una forma previa de comportamiento moral, ni la moralidad es perfeccionamiento consumado de la legalidad. Se trata más bien de dos legislaciones, ninguna de las cuales elimina a la otra. La

745. G. Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, p. 44.
746. *S. Th.*, IIa-IIae, q. 57, a. 1.
747. *Ibid.*, a. 2.
748. *Op. cit.*, p. 59.

separación de la legislación jurídica por la moral no es una degradación de la primera. Lo que se persigue no es despojar de moralidad al derecho, pero sí descargar a ese derecho del cometido de tener que servir directamente a la moralidad en el sentido kantiano.[749]

Separación entre moral y derecho

La discusión filosófica del siglo XVIII —escribe el iusfilósofo alemán Hasso Hofmann— elevó por primera vez la diferenciación y separación de derecho y moral a la categoría de una contradicción. Una oposición semejante de las reglas de una acción correcta no se había dado hasta entonces en la filosofía práctica, a pesar de que en la teoría y en la praxis se diferenciaba completamente entre derecho y moral.[750] Siglo de las Luces, tiempo de la Ilustración, en el que la razón alcanza una preeminencia tal, que se le deifica, al mismo tiempo que se deposita en ella una excesiva confianza, creyéndose por ello el hombre poseedor de una autonomía y poder excepcionales. De esta manera, podemos decir que sólo en la Ilustración adquiere fundamental importancia, bajo el aspecto de la autonomía del individuo, la separación de derecho y moral.

Fr. Teófilo Urdanoz, considera que la separación de la moral y el derecho tiene su origen en el protestantismo, sobre todo el de la tendencia calvinista y puritana, que independizó toda ética de la religión y con ella también el derecho, llegando a crear una ciencia del derecho natural racionalista, sin apelación ni recurso a la revelación. De ahí el paso hacia su separación también de la moral, de toda obligación de la conciencia. Ese paso lo inició Hugo Grocio, que, al establecer la fundamentación última del derecho en la naturaleza y en el derecho natural, prescindiendo aun de la existencia de Dios, instituyó una consideración del derecho aparte de la moral.[751]

Una figura central en este momento histórico, por la sistematización de su pensamiento y por la trascendencia e influencia que ha tenido en otros pensadores, es el filósofo alemán de Königsberg, Emmanuel Kant, quien en su obra *Metafísica de las costumbres* (1797), integrada por los *Principios metafísicos del derecho* y por los *Principios metafísicos de la moral*, expone

749. *Op. cit.*, p. 86.
750. *Filosofía del derecho y del estado*, p. 28.
751. "Introducción a la cuestión 57", en *S. Th*, p. 217.

su pensamiento jurídico. Por lo que se refiere al binomio derecho y moral, la pregunta inicial es ¿cómo conocemos la moral y el derecho? La respuesta que da es, que a las ciencias de la naturaleza se les conoce por medio de "juicios enunciativos" que expresan relaciones necesarias; la moral y el derecho, por su parte, se manifiestan y se expresan a través de "juicios normativos", dando origen a relaciones contingentes, en las que interviene la libertad. Las de la naturaleza son ciencias del "ser"; la moral y el derecho son ciencias del deber ser.[752]

Años antes (1785), había publicado la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, seguida de cerca por la *Crítica de la razón práctica* en 1788, causando con ellas una verdadera revolución moral: en primer lugar, su pretensión de quitar todo fundamento a una moral basada en el principio de la felicidad chocaba con una larga tradición. Luego, su decidido vuelco —esto es fundamental para el tema que estamos tratando— hacia el *deber* como fenómeno moral central por oposición a toda ética basada en el bien o los bienes venía a oponerse —según Guariglia— a las distintas formas que la moral de la virtud había asumido tanto en los códigos sociales de conducta como en las elaboraciones filosóficas de ella.[753]

A lo anterior debemos añadir que en el pensamiento kantiano se da una diferencia muy clara entre los juicios normativos de la moral y los del derecho: mientras los primeros, los de la moral son *categóricos*, es decir, su origen se encuentra en el imperativo categórico o voz imperiosa de la conciencia que exige al sujeto el cumplimiento de tal o cual acción, aunque la libertad humana puede desobedecer a ese mandato;[754] los del derecho son *hipotéticos*, es decir, el cumplimiento de un mandato sólo es motivado porque de no hacerlo, el sujeto se haría acreedor de cierta coerción de parte del Estado.[755] Ante esto hay que entender, que Kant, no sólo sostiene esta diferencia entre derecho y moral, sino también su separación. En *La Metafísica de las costumbres* (1797), escribió: "Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquél que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con

752. E. Colomer, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger, t. I, La filosofía trascendental: Kant*, p. 284.
753. "Kantismo", en AA. VV., *Concepciones de la ética*, p. 53.
754. *La metafísica de las costumbres*, p. 228.
755. *Ibid.*, p. 40.

prescripciones referidas a la virtud.[756] Frente a esta postura sostenemos con Miraglia que moral y derecho, son dos modos de actuación del fin humano o de la realidad ética. De donde se sigue que la moral no se realiza toda en la conciencia, se manifiesta también en las acciones, porque siempre es realidad ética, y como realidad no puede por menos de tener algo externo. Por su parte el derecho no puede reducirse a una práctica completamente externa y farisaica, privada de su base intencional, porque es realidad ética, y, por tanto, implica esencialmente una cierta intimidad. (...) La moral comprende también la acción, pero consiste principalmente en la intención; el derecho se extiende hasta la intención, pero a lo que principalmente se refiere es al obrar. Una y otro, en cuanto son ramas de la ética no pueden estar en contradicción con su origen y prescindir enteramente de la acción o de la intención.[757]

Décadas más tarde, Hans Kelsen, nacido en Praga en 1881, lleva el Kantismo a sus últimas conclusiones, por lo que en su obra, el tema de la distinción y separación entre el derecho y la moral no es un tema secundario. Al contrario, ocupa un importante lugar en su idea e intención de construir una "teoría pura del derecho", y es uno de los requisitos imprescindibles de la pureza metódica. Así, el capítulo segundo que H. Kelsen dedica en la *Teoría pura del derecho* al tema que nos ocupa, se inicia con la advertencia de que se pone en peligro la pureza metódica de la ciencia jurídica cuando no se distingue claramente entre el derecho y la moral: lo que importa aquí, ante todo es desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la Moral. "Naturalmente —sostiene—, de manera alguna se niega la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndase bien esta exigencia; lo que verdaderamente signifique es otra cuestión. Solamente se rechaza la concepción de que el derecho sea, como tal, parte integrante de la moral; de que todo derecho, por tanto, sea en cuanto derecho, en algún sentido y en algún grado moral.[758]

Según Verdross, Kelsen tomó como punto de partida de su sistema la radical *separación entre el ser y el deber ser*; las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto

756. *La metafísica de las costumbres*, p. 41.
757. L. Miraglia, *Filosofía del derecho*, pp. 185-186.
758. *Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, p. 38.

ya no es el ser, sino el deber ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo. Y como la disciplina jurídica se ocupa únicamente del derecho positivo, el "deber ser" jurídico no es para Kelsen un valor ético, sino una forma del pensar. De ahí que se propusiera como tema la elaboración de una teoría del derecho positivo, independiente, tanto de la ética, cuanto de la sociología y de la psicología.[759] Esta autonomía e independencia del derecho dio lugar al nacimiento del postulado conocido como la "pureza del método".

En tiempos más recientes resalta la figura de Theodor Geiger, quien en forma contundente afirma que el derecho en la sociedad ya no tiene nada que ver con la moral. Con lo cual —dice él mismo— no se formula ninguna exigencia en el sentido de que el derecho debe emanciparse de la moral, sino que sólo manifiesta una verificación empírica en el sentido de que esta emancipación ya se ha dado. Esta situación tiene su justificación en el hecho de que la moral y el derecho han alcanzado en su desarrollo un punto en el que se han separado recíprocamente.[760] Otra cosa es que el orden jurídico y las distintas instituciones jurídicas sean objeto de consideraciones y valoraciones morales. Que el derecho se haya emancipado de la moral significa —dice más adelante—, nada más y nada menos, que el derecho mismo, en tanto sistema, no es de naturaleza moral, que sus reglas no tienen el carácter de prescripciones morales y que la obediencia a la ley no es exigida como deber moral.[761] Bajo esta perspectiva es como puede entenderse lo que John Rawls sostiene, al escribir: "la injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre y cuando no excedan ciertos límites de injusticia".[762]

Ante la postura de T. Geiger, decimos con Atienza que si bien es cierto que un sistema jurídico no debe usarse como instrumento por medio del cual un sector social trate de imponer al resto un particular código moral, una determinada forma de vida, pero no lo es menos que sería inconcebible e injustificable un derecho que no asegurara lo que suele denominarse

759. *Op. cit.*, pp. 286-287.
760. *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, p. 176.
761. *Ibid.*, p. 195.
762. *Teoría de la justicia*, p. 321.

un "mínimo ético".[763] Lo que no debe entenderse de ninguna manera, en el sentido de que el derecho tuviera la autoridad para obligar a los hombres a que cumplan con sus deberes éticos, no; pero, sí en el sentido, de que al derecho le corresponde crear las condiciones necesarias y adecuadas para que los hombres puedan cumplir con tales deberes. Radbruch señala que "el derecho es sólo la posibilidad de la moral, y cabalmente por eso también, la posibilidad de lo inmoral. El derecho puede únicamente posibilitar la moral, y no forzarla porque el hecho moral por necesidad conceptual sólo puede ser un hecho de la libertad;...".[764]

Esta separación tajante entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia, no solamente fue permeando el ámbito jurídico, sino también aceptada por un buen número de académicos a comienzos del siglo XX; sin embargo, comenzó a deteriorarse en tiempos de la segunda posguerra, para finalmente colapsarse en la década de los setenta. Este colapso del positivismo llegó a ser aceptado aun por sus mismos defensores, entre los cuales, Norbert Hoerster, pudo afirmar: "desde hace por lo menos cincuenta años es casi de buen tono, en la filosofía jurídica alemana, rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico".[765] Para Recasens Siches, el positivismo no sólo se ha colapsado, sino que se ha derrumbado definitivamente y ha sido sepultado en los países civilizados del mundo libre, y se está viviendo un segundo renacimiento muy vigoroso de las tesis iusnaturalistas.[766] Prueba de ello, son muchas de las nuevas constituciones de los países civilizados del mundo libre, elaboradas después de terminada la Segunda Guerra Mundial, cuyos autores no titubearon en volver a hablar de los derechos naturales del hombre. Aparece también en la *Carta de las Naciones Unidas*, la cual menciona nada menos que siete veces los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona, la igualdad de derechos de hombres y mujeres, las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. A la Carta de San Francisco siguió, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, y a ésta siguieron una serie de declaraciones especificadoras y de proyectos de convenios internacionales para hacer efectivos los derechos del hombre; así como también

763. *El sentido del derecho*, p. 92.
764. *Filosofía del derecho*, p. 64.
765. *En defensa del positivismo jurídico*, p. 9.
766. *Introducción al estudio del derecho*, p. 336.

documentos emitidos por el Consejo de Europa y por la Organización de Estados Americanos, la OEA.

Al respecto, Ernesto Garzón Valdés opina, que, si se acepta el principio de la dignidad humana y se añade el de autonomía y el de inviolabilidad de la persona, sería posible dar una fundamentación racional completa de los derechos humanos dentro del marco de un discurso moral. Los juicios morales serían verificables recurriendo a la aceptabilidad hipotética de estos principios que subyacen en aquéllos. Esta aceptabilidad hipotética podría ser calificada como un hecho moral.[767]

C. J. Friedrich no está de acuerdo con la idea del renacimiento del derecho natural, puesto que éste —afirma— no llegó jamás a desaparecer del pensamiento jurídico, como es el caso de Europa y Estados Unidos. Más bien, lo que ha sucedido es que se ha fortalecido. Sin embargo, no se piensa ni se quiere decir con ello que se quiera volver a las "verdades eternas" de una ley natural inmutable, sino más bien, tratar el derecho natural como algo mutable, según la opinión de Stammler. Sobre lo cual señala Friedrich: entonces el contenido concreto del derecho natural cambiará con el tiempo y con las circunstancias, si bien siempre estará orientado hacia ese concepto del derecho que exige que la ley sea justa.[768]

Por lo tanto, "el resurgimiento del derecho natural" —concluye diciendo—, no es cosa fácil, y lo que realmente ha resurgido es un poderoso sentido de la necesidad que en el pasado dio vida a la doctrina del derecho natural: la necesidad de una norma de justicia que permita evaluar la ley positiva, una norma firme y que, sin embargo, esté libre de la crítica que destruyó las antiguas doctrinas de la ley natural.[769]

Por su parte, H. L. A. Hart inicia el capítulo IX de su obra *El concepto de derecho* indicando que existen diferentes tipos de relaciones entre el derecho y la moral, pero que también es importante distinguir algunas de las muchas cosas diferentes que se pueden querer decir al afirmar o al negar que el derecho y la moral están relacionados. "Así no puede discutirse seriamente —escribe— que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizon-

767. "Derecho y moral", en Garzón V. E. y Laporta J. F. (comps.), *Derecho y justicia*, p. 418.

768. *Cfr. La filosofía del derecho*, pp. 257-259.

769. *Ibid*., p. 271.

te moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Pero es posible —añade— tomar esta verdad ilícitamente, como fundamento de una proposición distinta: a saber, que un sistema jurídico tiene que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo".[770]

Respecto a lo anterior, David Lyons señala que cuando la aplicación de la ley se puede justificar, la obligación establecida puede entrar en conflicto con derechos y deberes que no tienen que ver con la ley. Sólo cuando las obligaciones morales pesen más que las basadas en el derecho, estará justificado que los ciudadanos eludan el cumplimiento de las leyes. Por otro lado —observa—, si las decisiones tomadas realmente en nombre de la ley no tienen justificación, los derechos y deberes correspondientes no poseen fuerza moral. Seguramente habrá sólidas razones de prudencia para obedecer la ley, pero ninguna culpabilidad moral podrá achacarse a quienes se niegan a hacerlo.[771]

En el libro *La decisión judicial, El debate Hart—Dworkin*, refiriéndose a su libro *El concepto de derecho*, Hart señala, que en él argumenta que aun cuando puede haber muchas y diversas conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación entre derecho y moral, es que puede haber derechos y deberes jurídicos que no poseen ninguna justificación o fuerza moral.[772]

Las relaciones entre el derecho y la moral, existen, sin lugar a dudas. En principio, existen grandes afinidades terminológicas y conceptuales: en los dos campos se habla de derechos y deberes, de licitud e ilicitud, de responsabilidad, de libertad, de igualdad. Muchas de las normas jurídicas —según M. Atienza— coinciden en cuanto a su contenido con normas morales: como ocurre con algunas normas que integran el Código penal: no matarás, no hurtarás; o, con las que enuncian los principios básicos de la legislación civil.[773] Vemos también que el propio derecho positivo no deja

770. *El concepto de derecho*, p. 229.
771. *Op. cit.*, pp. 110 y 112.
772. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 130.
773. *El sentido del derecho*, p. 89.

de incidir en la moral, en la moral social; una prueba de esto último la tenemos cuando la regulación de una cuestión disputada (lo que ha sucedido en nuestro país, en la primera mitad de 2008 con el aborto) sufre una modificación legislativa (conductas abortivas que eran tenidas como delito, ahora son jurídicamente lícitas), eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas.

A lo anterior podemos añadir que la relación derecho/moral es una constante en la historia del pensamiento jurídico: quienes rehúyen la misma hacen de su positivismo jurídico una especie de nueva moral y de la ley la fuente o criterio de moralidad; quienes muestran una relación tímida no descartan una conexión en el terreno de la práctica del derecho y de su creación, dado que los legisladores y jueces son inevitablemente sujetos morales.[774] Los jueces tendrán que enfrentarse —como anota Atienza— tarde o temprano con problemas morales, con problemas de conciencia, al menos cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas. Y aunque se diga que determinar lo último no le corresponde al juez sino a los legisladores, por extraño que parezca, esto último sigue siendo una respuesta moral.[775]

Los ciudadanos por su parte, que están regidos por un sistema jurídico, puede decirse, que no piensan que el derecho y la moral sean mundos completamente separados. Si se considera que las normas que integran el derecho de un Estado democrático de derecho han de obedecerse, es porque se entiende que ese derecho asegura valores morales: cierto grado de libertad, de igualdad, de justicia. Y tampoco cumplen la ley, o no la cumplen siempre, simplemente porque sea ley, sino porque se entiende que es justa. Por el contrario, cuando se percibe su carácter injusto, no se hacen esperar movimientos sociales de protesta para acabar con esa situación. Pues un orden jurídico sólo puede ser legítimo —escribe Habermas— si no contradice a principios morales. El derecho positivo —continúa diciendo—, a través de la componente de legitimidad que representa la validez del derecho, conserva una referencia a la moral. Pero —advierte— esta referencia a la moral no debe llevarnos a poner la moral por encima del derecho en el sentido de una jerarquía entre dos órdenes normativos. La idea de una *hierarchia legum* per-

774. Soriano, *op. cit.*, p. 205.
775. *El sentido del derecho*, p. 89.

tenece al mundo del derecho premoderno. La moral autónoma y el derecho positivo, remitido estructuralmente este último a la necesidad de justificarse, guardan más bien entre sí una *relación de complementariedad*.[776]

Si la justicia —como algunos dicen— es una cualidad contingente de las normas y del derecho en su conjunto, ello significa que conceptual o necesariamente no existe ninguna obligación moral de obediencia al orden jurídico. Las normas —como sabemos—, pueden ser obedecidas por muchos motivos (por conveniencia, por comodidad, por miedo al castigo), pero en la medida en que la justicia no sea considerada un ingrediente necesario del derecho —señala Prieto Sanchís— tampoco lo será la obediencia a sus normas. Por lo que al considerarnos moralmente obligados a obedecer algunas normas de derecho será porque consideramos que esas normas son moralmente justas, no por el mero hecho de que formen parte de un sistema jurídico.[777]

El iusfilósofo A. Kaufmann haciendo una distinción atinada entre el derecho y la moral señala, que "el derecho tiene como objeto las relaciones entre los hombres; la moral, por el contrario, el hombre en cuanto naturaleza individual. La valoración jurídica caracteriza una acción como buena para la vida en comunidad; la valoración moral, en tanto buena por antonomasia. La escolástica lo expresó en el sentido de que la moral es *ab agenti*, mientras que el derecho, por el contrario, es *ad alterum*".[778] Son distintos, sí, pero no opuestos, no sólo porque algunos sostienen que el derecho es un mínimo ético necesario al hombre en sociedad, sino porque un derecho sin moral no es derecho.

G. del Vecchio sostiene que las relaciones entre derecho y moral son constantes, que pueden determinarse a priori, por tener necesidad lógica. La relación fundamental, según él, se expresa en la máxima: *Aquello que es deber, es siempre derecho; y no puede ser deber, aquello que no sea derecho*. Este aserto se justifica advirtiendo que si en un sistema dado una acción aparece como obligatoria para un cierto sujeto, en el mismo sistema no debe ser posible el que se ponga impedimento a dicho acto por parte de los demás. Por otra parte, no cabe sostener que un cierto acto es obligatorio, sólo porque es conforme al derecho. El derecho significa sólo la no impedibilidad, la posibilidad; pero de la posibilidad no puede inferirse sin más, la necesidad, como

776. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 171.
777. S. L. Prieto, *Apuntes de teoría del derecho*, p. 96.
778. *Filosofía del derecho*, p. 388.

aquélla puede deducirse de ésta. La determinación de lo lícito no coincide por lo tanto, con la de lo obligatorio: *aquello que es derecho, no es, por esto sólo, deber*.[779] Según lo que ha indicado Del Vecchio, el deber en sentido jurídico denota solamente el límite de la posibilidad de cada uno, porque traspasando dicho límite, se chocaría con el legítimo impedimento de los demás. De lo que se sigue que el derecho no es suficiente por sí solo para dirigir el obrar del hombre, sino que debe ser integrado-completado por la moral. Por lo mismo, no es posible una contradicción o disparidad entre los dos, porque se trata igualmente de normas del obrar, que se suponen y se integran recíprocamente, y tienen un único fundamento.

Hortal señala que el panorama entre las diferentes maneras de entender la relación entre moral y derecho se estructura en torno a la cuestión del papel que se atribuye a la razón en la forma de concebir la moral, y en la forma de concebir el derecho. La manera de entender la relación entre la moral y el derecho depende de la manera que tengamos de entender la moral y el derecho por separado y de la manera que tengamos de concebir la relación, real y deseable, entre la una y el otro.[780] Cuanto más positivista sea la manera que se tenga de concebir el derecho, cuanto más se piense en aspectos puntuales del derecho, cuanto más se tenga del derecho una concepción voluntarista, formalista o sociologista, más alejado se le verá de la moral. Por el contrario, cuanta más atención se preste a los contenidos del derecho, cuanto más se le considere como algo racional, cuanto más cercano se lo vea a los ideales sociales y cuanto más se insista en la legitimidad del derecho, más cercano se lo verá de la moral.[781] La concepción que se tenga de la moral tendrá mucho que ver en la manera de concebir la relación entre derecho y moral: cuanto más irracional se vea la moral, más alejada se le verá del derecho; cuanto más se la concibe como subjetiva, autónoma, puramente interior, más alejada se le verá del derecho. Por el contrario, cuanto más se conciba la moral como racional, intersubjetiva, socialmente compartida, externa, legalista, en cierto modo y coactiva, más estrechamente relacionada se verá la moral con el derecho.[782]

No hay nada de contradictorio —indica Manuel Atienza— ni de moralmente reprobable en considerar que una conducta pueda ser inmoral y

779. *Filosofía del derecho*, p. 329.
780. A. Hortal, "La justicia entre la ética y el derecho", en Fernández, J. L., y Hortal, A. (comps.), *Ética de las profesiones jurídicas*, p. 24.
781. *Ibid*., p. 26.
782. *Idem*.

políticamente peligrosa, pero no por ello deba estar jurídicamente prohibida, porque el derecho no sanciona ni todo lo inmoral ni todo lo indecoroso. Una buena razón en favor de esto último es que una de las condiciones para poder utilizar con éxito el derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser consciente de sus límites; y uno de ellos —quizá el más importante— es que el derecho nunca podrá sustituir a la moral.[783] En otro lugar hace la siguiente observación: si al derecho se le estudia desde el aspecto normativo, por fuerza eso nos llevará al tema de la moral; sobre lo cual señala que existen muchas analogías entre las normas jurídicas y las morales pero también algunas diferencias: por ejemplo, las normas jurídicas, o algunas de ellas, están respaldadas con una sanción institucionalizada y de tipo coactivo, lo que no ocurre con las morales.[784]

Esto que sostiene Atienza, el P. Villoro Toranzo lo percibe desde el momento en que el derecho está vinculado a la justicia: la moral estudia a la luz de la razón la rectitud de los actos humanos con relación al fin último del hombre o a las normas que se derivan de nuestro último fin. Una noción del derecho será moral cuando predomina en ella la consideración racional del derecho como medio para lograr el fin último del hombre. Generalmente esto se hace considerando al derecho como un instrumento para la realización de la justicia.[785] Es así, que por lo general el derecho es considerado de esta manera; luego el derecho tiene sentido moral.

De separar el derecho de la moral, se desprenden consecuencias muy especiales; una de ellas consistirá en que los autores iuspositivistas tienen que replantear el problema de la obediencia al derecho. Algunos ni siquiera se lo plantean, pues consideran imposible hablar racionalmente acerca de la justicia; la obediencia o desobediencia al derecho sólo es un hecho a constatar, pero no hay nada que pueda decirse en relación a si tenemos o no la obligación (entiéndase bien —puntualiza Atienza— la obligación moral no la obligación jurídica) de obedecer esas normas.[786] Otros, −dice el mismo autor− creen que los únicos criterios de justicia a los que cabe apelar son los que se contienen en el propio derecho positivo: el derecho debe obedecerse porque es derecho.[787] Esto respondería me parece, al llamado formalismo Kantiano-

783. *Tras la justicia*, pp. 59-60.
784. *El sentido del derecho*, p. 88.
785. T. M. Villoro, *Introducción al estudio del derecho*, p. 15.
786. *Op. cit.*, p. 95.
787. *Idem*.

Kelseniano, o lo que es lo mismo: el deber por el deber; la legalidad por la legalidad. Y otros, finalmente —con tintes iusnaturalistas— entienden que se necesita alguna teoría de la justicia para resolver si un determinado derecho positivo, o algún aspecto del mismo, es o no justo y, en consecuencia, debe o no debe ser obedecido.[788] Parecería la postura más congruente, pero no hay que confundir el iusnaturalismo como concepción del derecho y como concepción de la justicia; pues cabe pensar que lo justo es lo conforme con la naturaleza, con los principios del derecho natural que ahora no conformarían el derecho positivo, sino los criterios con que juzgarlo.

Podemos estar de acuerdo —apunta Hans Küng— en que el hombre no va a mejorar mediante el creciente recurso a las leyes y preceptos, y tampoco por meros procedimientos psicológicos o sociológicos. En lo grande y en lo pequeño nos encontramos ante la misma situación: los conocimientos no implican siempre saber sobre el sentido, los reglamentos no son todavía orientaciones, y *las leyes no son todavía actitudes morales*. ¡El mismo Derecho necesita un fundamento moral! El presupuesto de toda cultura política es la aceptación ética de las leyes (el Estado las protege con sanciones y las impone con la fuerza). De poco sirve a los diversos Estados y organizaciones, como la CEE, USA u ONU, la constante creación de nuevas leyes, si una gran parte de ciudadanos no piensa lo más mínimo en aceptarlas, y dispone de medios y procedimientos suficientes para seguir manteniendo impunemente sus propios intereses personales o de grupo.[789] En la misma Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, después de que en los considerandos enaltece la dignidad humana, en el preámbulo se encuentra la tesis que hemos venido sosteniendo en este asunto del derecho y la moral: la complementariedad entre los dos, y avala lo que este autor holandés está demandando al reconocer que "los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los *apoyan conceptualmente y los fundamentan*".[790]

Respecto a lo anterior sostendrá Radbruch, que, únicamente la moral es capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. (...) Tan sólo puede hablarse de normas jurídicas, de deber ser jurídico, de validez jurídica, de deberes jurídicos, cuando el imperativo jurídico ha sido investido, en la propia conciencia, de fuerza moral de obligar. Hay que pensar, por tanto, que el derecho y la moral en el

788. *Idem*.

789. H. Küng, *Proyecto de una ética mundial*, p. 52.

790. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, disponible en: http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm [consultado el 3 de agosto de 2006].

contenido de sus exigencias coinciden sólo en parte y casualmente. La relación entre ambos dominios de normas reside, más bien, en que la moral es por un lado fin del derecho, y por otro fundamento de su validez obligatoria.[791]

Cuando se colocan —dice el mismo autor— derecho y ética uno junto a otra, se comparan magnitudes inconmensurables. El derecho es un concepto de la cultura, la ética un concepto del valor. Sólo pueden compararse o dos conceptos de valor: justicia y ética, o dos conceptos de cultura: derecho y moralidad. Así, el valor jurídico es un valor de la conducta para los otros o para la totalidad de los otros, el valor moral es el valor de una conducta en absoluto.[792]

Brieskorn, por su parte, propone una forma de relación entre derecho y moral (ética). La relación entre ellos dos —dice— tiene que ser ésta:

> quienes configuran, aplican y cambian el ordenamiento jurídico, necesitan el consejo, la explicación de las normas éticas sus consecuencias y sus conexiones. La existencia de una moral (ética) libremente impulsada y en un intercambio de estudios científicos, resulta indispensable para la configuración del ordenamiento jurídico.[793]

Toma de posición

Como se ha podido constatar, el tema de este capítulo, en la historia del pensamiento jurídico, ha dado lugar a que se viertan chorros de tinta sea para defender la relación de coexistencia y complementariedad entre derecho natural y derecho positivo, y dígase lo mismo entre derecho y moral, o bien, para la negación de la misma.

En primer lugar, en lo relativo al binomio derecho natural y derecho positivo, hay que decir, que si bien, los iuspositivistas niegan la existencia de la Ley natural, y como consecuencia, del derecho natural; lo cual está muy bien y se acepta como ideología, porque en la realidad de los hechos es otra la situación: todo lo que se exige desde la naturaleza misma de lo humano, por decir algo, la vida, el alimento, la relación macho y hembra, etc., ¿acaso se legisla en contra de ello? En el supuesto de que así fueran las cosas, lo que se diera, sería una *contradictio in terminis*. Parece que los hechos apuntan a lo

791. *Filosofía del derecho*, p. 61.
792. *Cfr. Filosofía del derecho*, pp. 52 y 55.
793. N. Brieskorn, *Filosofía del derecho*, p. 87.

opuesto: más bien se le protege y asegura. Por lo tanto, allí está el derecho natural —aunque el positivismo jurídico no lo acepte y no lo quiera ver—, si bien no como regulación pero sí como dictamen; de tal manera, que ante aquello que se considera como antinatural, o actos *cantra natura*, no sólo se da de inmediato el reproche de la propia naturaleza, sino que el mismo derecho positivo, también lo sanciona, o trata de regularlo, con la finalidad de que aquello sea considerado o por lo menos sea respetado por la sociedad, como es el caso de la legislación en el Distrito Federal sobre las sociedades de convivencia, en los últimos años.

Unido a lo anterior, diremos también, que el derecho natural da al derecho positivo la materia sobre la cual va a incidir y a la que tiene que regular. Dicha materia, amplia y extensa está contenida en esas exigencias y necesidades humanas, traducidas en el lenguaje jurídico moderno como *derechos humanos*, a los que el derecho positivo no crea, ni los produce, ni los concede; son previos a cualquier pacto o consenso, son anteriores al Estado y al propio derecho positivo, a los que, tanto uno como el otro, o, mejor, el primero con ayuda del segundo, sólo tiene que reconocerlos y darles vida. Aquí es donde en verdad se pone de manifiesto la complementariedad de los dos derechos y la necesidad que tienen uno del otro: ¿Qué sería el derecho positivo sin eso que es natural? Me atrevo a afirmar que ni tendría razón de ser, pues no habría nada qué regular. Y, por su parte, el derecho natural ¿qué sería sin el derecho positivo? Simplemente una ilusión, porque su contenido —dada la fragilidad de la propia naturaleza humana— carecería de eficacia. De ahí, que, por ejemplo, grandes luminarias del pensamiento jurídico, como Ronald Dworkin, Gregorio Peces-Barba, Antonio Enrique Pérez Luño, Jürgen Habermas, entre otras, pidan y exijan que en todos los países del mundo se lleve a cabo la positivación de los derechos humanos; es decir, que sean reconocidos por cada Estado a través de la Constitución, obteniendo así la categoría de derechos fundamentales, no porque eso sea la solución, pero al hacerlo, aquéllos obtienen fuerza y respaldo y, en algo ayudará para que su respeto sea más real en todo el mundo.

Al mismo tiempo, reconociendo al derecho natural como el fundamento de la obligatoriedad de todo orden jurídico positivo, se comprende la profunda observación que hace al respecto Del Vecchio: "La idea del derecho natural es, en efecto, de esas que acompañan a la humanidad en su desenvolvimiento; y si, como no pocas veces ha ocurrido —sobre todo en nuestro

tiempo— algunas escuelas pretenden negarla o ignorarla, aquella idea se reafirma vigorosamente en la vida".[794]

Por último, teniendo en cuenta a Jacques Maritain, podemos decir que una concepción ideal del derecho, será aquella que toma en cuenta los diversos aspectos o datos de lo jurídico, la jerarquía de los fines existenciales y, por supuesto, los criterios y principios éticos de lo social, alcanzados mediante el análisis crítico de la naturaleza del hombre y de la sociedad. Es una concepción integral del derecho a imagen y semejanza del ser humano, cuya conducta social rige; pues si el hombre —según la bella y profunda expresión maritaineana—, es un espíritu encarnado, en el derecho humano la eticidad o derecho natural representa el espíritu, y la positividad o técnica, el cuerpo.

En segundo lugar, y en estrecha relación con lo anterior, en lo que atañe al binomio derecho y moral, los positivistas jurídicos, sostienen, como sabemos, a causa de la objetividad de la ciencia, que el derecho se define como neutral en cuanto a contenido, es decir, libre de valoración moral, de manera puramente formal, simplemente por medio de determinación y eficacia. Frente a esta postura sostenemos, con Santo Tomás, que siendo el derecho *ipsa res iusta*, lleva incluido en sí, como acto de su propio nacimiento, la exigencia moral. Al mismo tiempo sostenemos que no se puede ni realizar el orden justo ni evitar las injusticias sin antes conocer el uno y las otras. Claro está, que la responsabilidad de este conocimiento y de aplicar las directivas resultantes del mismo, ya es una cuestión moral. Pero el propio planteamiento moral de lo justo ya no se pregunta cómo se conoce lo justo —que es una cuestión gnoseológica— ni cómo es la realidad de lo justo —que es una cuestión ontológica— sino cómo se debe realizar lo justo. A lo que se puede responder en forma breve: se debe realizar lo justo porque en el orden de lo justo estriban las posibilidades de realizar el perfeccionamiento humano impuesto por la autoridad divina: pues la justicia —entre otras cosas— posibilita el ambiente propicio y adecuado para que el hombre aspire a bienes más sublimes: la paz, la seguridad, la tranquilidad, el orden, etc.

Desde la sociabilidad natural del hombre —a través de la cual encontrará el medio idóneo para lograr su perfección, haciendo uso de la libertad, factor determinante en el ser humano tanto en su individualidad como en su vida social—, también sostenemos que no puede darse discrepancia al-

794. G. del Vecchio, *Los principios generales del derecho*, p. 71.

guna entre derecho y moral hasta el punto en que no deba tenerse en cuenta la libertad, su desarrollo en las relaciones sociales libremente elegidas y su interpretación en el tiempo y en el espacio. Al mismo tiempo, esas relaciones humano-sociales conforman la conducta consciente y libre del hombre que debe ser regulada por un conjunto de normas, que como todas las normas reguladoras de tal conducta, son de naturaleza moral.

Por consiguiente, el derecho, como sistema de normas, que regula esa conducta consciente y libre del hombre, sin desconocer su responsabilidad histórica y su último fin, es de naturaleza moral. De acuerdo con esto, la moral exige que exista el derecho; pues, desde el punto de vista normativo —escribe González Morfín—, la forma que por exigencia de su propia naturaleza debe tomar la moral para regular los aspectos externos de la conducta del hombre en la convivencia social es el derecho; porque debemos entender que así como es inmoral pretender regular u ordenar la convivencia social sin normas jurídicas, de igual manera, es antijurídico pretender que el derecho conserva su esencia y su finalidad si se le niega la calidad moral. Por lo que hay que insistir en que un derecho no moral deja de ser derecho y se convierte en un conjunto de normas desligadas de la conciencia y de la libertad humana. Más aún, un derecho sin calidad moral sería un conjunto de normas procedentes de la naturaleza irracional, y destinadas a ella.[795]

Por otra parte, no se subsana el error de negar calidad moral al derecho diciendo que basta con que la norma jurídica no obliga en conciencia si no es una norma de índole moral. Por el contrario, afirmamos que la obligatoriedad en conciencia de la obligación jurídica es la necesidad objetiva que la norma impone de hacer o dejar de hacer algo, de realizar o no determinada conducta. Por consiguiente, es el contenido mismo de la norma el que debe ser de índole moral. Si no fuera el caso, entonces, ¿por qué hay obligación moral de cumplir con la norma jurídica que prohíbe cometer un delito? Porque esta obligación se funda en que la prohibición jurídica del delito es también de índole moral. El propio contenido de la norma es de índole moral.

Por la razón anterior, la moral *in lato sensu* se restringe a sí misma para constituirse en derecho y así poder regular justamente la convivencia social. Al limitarse para tal fin, la norma moral adquiere las características propias de la norma jurídica. Por lo tanto, a la autolimitación de la moral para cons-

795. M. E. González, "Moral y derecho", en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 19, México, 1988-1989, p. 347.

tituir el ámbito del derecho corresponde la autolimitación del derecho para no invadir en forma abusiva el campo de la moral. Ambas autolimitaciones son fundamentales; primero, porque al derecho no le corresponde establecer como obligatorios niveles máximos de moral, ni puede prohibir todo lo inmoral ni todo lo indecoroso; a lo sumo, debe tratar de promover y defender niveles mínimos de moralidad en la vida social, porque reconoce la existencia y la obligatoriedad de la moral que rebasa las autolimitaciones jurídicas. Segundo, porque un deber jurídico subsiste aun cuando la moral emita un juicio negativo sobre él. Además, nadie puede negar que el derecho es necesario, pero no suficiente, para promover y garantizar la plenitud de bienes morales exigidos por la naturaleza humana.

La índole moral del derecho se manifiesta también —afirma González Morfín— con toda claridad en su contenido y motivación de justicia y amor al prójimo. La norma jurídica trata de realizar la justicia en la realidad objetiva. Por tal razón, lo justo objetivo es el significado esencial del derecho. La justicia da lo suyo a las personas y sociedades que son el "cada quien" de la definición clásica. Es decir, da lo suyo tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, porque la sociedad tiene también derecho a que sus miembros le den con justicia lo suyo para realizar y defender el bien común. Lo suyo de cada quien es, ante todo, el propio ser, la propia vida y también los bienes materiales. Por todo lo cual afirma rotundamente: un derecho injusto es algo absurdo y contradictorio, lo cual equivale a decir que el derecho es esencialmente moral.[796] Por todo esto, sostenemos con este gran iusfilósofo y con Graneris "que la moral será el alimento de que se nutre y la atmósfera que respira el derecho, que o será moral o no será verdaderamente derecho".[797]

Finalmente, hay que decirlo, el motivo que inspira la obra de justicia es el amor al prójimo, porque quien ama a su prójimo comienza por no hacerle injusticias. Vistas así las cosas, y de que el P. Villoro Toranzo haya definido el derecho como "el mínimo de amor exigible en sociedad",[798] se desprende la falsedad de la disyuntiva que atribuye el amor a la relación con los hombres cercanos y la justicia al trato con los distantes, porque, en realidad, quien no tenga —afirma González Morfín— ni siquiera un mínimo de amor o bene-

796. *Ibid.*, p. 348.
797. *Op. cit.*, p. 44.
798. T. M. Villoro, *La justicia como vivencia*, p. 65.

volencia con su prójimo tampoco podrá ser justo con él.[799] Pensamiento que corrobora el P. Villoro al escribir que en la medida en que el grupo acepte al derecho como un mínimo de amor, lo acatará de buen grado y tratará que se cumpla; pero si el grupo ve al derecho como una mera imposición de la fuerza de la autoridad, tratará de esquivar su cumplimiento y, en los casos extremos, hasta se rebelará contra un superyó del que no se ve el sentido. Así, las corrientes racionalistas, al tratar de divorciar la responsabilidad jurídica de la responsabilidad moral, atentan contra el alma misma del derecho. Porque un derecho sin justicia no es derecho, como una justicia sin amor no es justicia.[800] Ideas a las que Verdross hace esta connotación:

> En la medida en que el derecho, escalón inferior en la escala del mundo ético, sirve a la moral del amor, asegura un mínimo de amor activo indispensable para la convivencia de los hombres, base ésta, a su vez, para que cada persona pueda desenvolver más fácil y fructíferamente su moral individual del amor. El derecho y la moral del amor se complementan recíprocamente, actúan el uno sobre la otra e inversamente se vivifican y apoyan para recorrer el camino de la concordia y de la paz. Si el derecho prepara el camino de la paz, éste completa y perfecciona al derecho.[801]

799. *Ibid.*, p. 349.
800. *Ibid.*, p. 66.
801. *Op. cit.*, p. 398.

· CAPÍTULO IV ·

Misión e importancia de la filosofía del derecho



Introducción

Si partimos del mismo nombre de esta disciplina: filosofía del derecho, pienso que no es necesario discurrir mucho para aclarar que el objeto de su reflexión es el derecho sin especificación, es decir, el derecho como tal. Por consiguiente esta materia tendrá que ver con las diversas disciplinas jurídicas que lo integran. Segundo, como a la filosofía del derecho le interesa no sólo cómo es el derecho, sino también *cómo debe ser*, por la misma razón tendrá que ver con la formación de los postulantes-estudiantes del derecho, quienes en su presente lo estudian y en el futuro serán quienes lo aplicarán. Por último, siendo la justicia uno de los temas clave de reflexión en esta disciplina, pero en estrecha relación con los actores políticos, representantes de la sociedad y de la institución político-jurídica que es el Estado, la filosofía del derecho tendrá que meditar y reflexionar en torno a esta figura para ver de qué manera cumple con la misión tan alta y delicada que se le encomienda: hacer que brille la justicia en cada una de las relaciones sociales y en las instituciones jurídico-políticas. Finalmente, el análisis de estos elementos, junto con lo escrito en las páginas anteriores, nos permitirá ver si esta disciplina goza o no de cierta importancia dentro del mundo del derecho y en la formación de los futuros abogados.

La filosofía del derecho y las disciplinas jurídicas

La función que realiza la filosofía del derecho en relación con las disciplinas jurídicas particulares es parecida a la que cumple la filosofía en general con relación a la ciencia en sentido restringido, función que crece en importancia cuando se trata de disciplinas que corresponden al ámbito de la filosofía práctica; pues si tratándose de disciplinas comprendidas en la filosofía teó-

rica o especulativa, cuyo objeto es el *saber por el saber mismo*, las ciencias respectivas que le están en cierto modo subordinadas mantienen su autonomía, en cuanto se mueven dentro de lo que les marca su objeto formal; otro es el caso de las disciplinas filosófico-prácticas cuyo objeto es el *saber para normar*, *saber para actuar*, es decir, la conducta humana, y en ella cada una de las acciones a realizar o ya realizadas; en este ámbito el conocimiento científico está estrechamente vinculado con el conocimiento filosófico, por la propia naturaleza de los actos humanos, en los que uno de los elementos esenciales es la libertad.

Al meditar en torno a la conducta humana, en ella se encuentran entrelazados actos voluntarios y libres vinculados a su vez con nociones y principios filosóficos tales como: voluntad, libertad, deber, norma, rectitud, valor, bien, justicia, etc., de cuya definición y comprensión depende que lleguemos a tener un conocimiento completo o incompleto de las acciones humanas, dígase, del obrar humano. Razón por la cual, pretender reducir la conducta del hombre a sus manifestaciones exteriores, que caen bajo el dominio del conocimiento sensible, es desnaturalizar esa conducta, mutilar y deformar tal objeto de conocimiento. Así, un estudio de moral que sólo describe costumbres o un estudio de derecho que se limita a compilar leyes —observa Preciado Hernández— sin adentrarse en la consideración de los valores que inspiran y presiden las costumbres descritas y las leyes compiladas, no merece siquiera el título de estudio científico. De ahí la importancia que tiene la filosofía del derecho frente a las ciencias jurídicas particulares, respecto de las cuales no sólo establece la validez de sus postulados, sino que en cierto sentido viene a integrarles el objeto material de su conocimiento.[802]

Lo anterior se refuerza al percibir que entre las materias de especialización jurídica, no existe una ciencia que explique qué es la ciencia del derecho. Ninguna rama del derecho enseña los diversos fines del mismo; y estas cuestiones no examinadas por el derecho positivo —observa Terán— que atañen a todas las ramas del derecho son la materia de la filosofía del derecho. Por ejemplo, en todos los aspectos de la vida jurídica, hay normas de derecho especiales para cada caso; pero lo que hay de común en todas es que son normas jurídicas por igual unas y otras.[803]

802. *Op. cit*., p. 25.
803. J. M. Terán, *Filosofía del derecho*, p. 13.

Por otra parte, frente a la variabilidad de la jurisprudencia y de la ciencia del derecho, debido a su carácter histórico-social, los conceptos de la filosofía del derecho sí tienen pretensión de universalidad, por encima de esa variación histórica y social de la Jurisprudencia técnica. Por tal motivo, no se puede hablar, por ejemplo, de una filosofía del derecho mexicano, o de una filosofía del derecho español, sino que la filosofía del derecho es común y unitaria, es decir, la reflexión filosófica no pretende recoger lo que hay de variable en las instituciones jurídicas, sino lo que en ellas se puede encontrar de permanente, lo que hay de común en todas ellas. Los principios, las directrices fundamentales son las mismas en cualquier parte del mundo.

En suma —dice Terán—, la filosofía del derecho es una concepción *universal*, de *carácter racional*, acerca del mundo jurídico. *Universal*, porque es común a todas las ramas del derecho positivo; *racional*, porque es una actividad realizada por la inteligencia.[804] Por último, podemos decir, que la filosofía, y en este caso, dígase la filosofía del derecho, no es dogmática e indiscutible como podría ser la fe, sino que, como maneja conceptos, por ello no sólo es universal, sino también racional.

Con base en lo anterior podemos decir que ante cuestionamientos, hasta cierto punto, comunes y frecuentes, tales como ¿qué es el derecho? ¿Para qué es el derecho? ¿Quiénes son los creadores del derecho? ¿Pueden hacer a su gusto y arbitrio el derecho quienes ejercen o detentan el poder público? ¿El orden social es algo que puede lograrse, cualesquiera que sean las reglas de la vida colectiva impuestas mediante la fuerza? Las respuestas pueden parecer simples y sencillas, fruto de la observación sensible de los hechos, pero que no satisfacen a la inteligencia, ni mucho menos que sólo a través de ellas se llegue a una idea integral del derecho. Luego, parece evidente, que para llegar a tal fin en el derecho se conjugan datos tanto de la experiencia sensible regidos por leyes físicas, biológicas, económicas, psicológicas y sociológicas, como datos ideales aprehendidos a través de una intuición intelectual y regidos por leyes lógicas y también datos correspondientes a lo que podríamos llamar experiencia moral, regidos por leyes éticas. En todo caso, sólo un dogmatismo irracional y por lo mismo anticientífico, podría desentenderse de la reflexión filosófica que presupone la resolución de esta cuestión: determinar los datos y leyes que deben ser tomados en cuenta para poder obtener una noción íntegra de derecho.

804. *Ibid.*, p. 14.

Por otro lado, tratando de reafirmar la idea anterior, sostenemos, que, analizar solamente la estructura lógica de figuras jurídicas tan importantes, como son: la norma jurídica, el deber jurídico, la persona jurídica, la sanción jurídica, el derecho subjetivo, entre otros, es ciertamente útil y hasta necesario. Pero no se debe perder de vista que este análisis nos permite captar únicamente el aspecto lógico de los datos de que se trata, y tarde o temprano se caería en la inconsecuencia que entraña la *teoría pura del derecho*, que invoca la pureza del método para condenar por igual al sociologismo jurídico y al eticismo jurídico, sin advertir que ella cae en el mismo error que atribuye a esos sistemas, consistente en deformar el objeto de conocimiento por usar un método inapropiado. Además, ese afán de pureza metodológica llevaría consigo un formalismo jurídico: todo perfectamente estructurado desde la lógica, pero totalmente vacío por dentro, es decir, sin ningún referente a la vida social. Por ello, Preciado Hernández tiene toda la razón al señalar que "sólo la reflexión filosófica sobre el derecho nos permite integrar jerárquicamente los diversos datos y aspectos que implica una noción compleja de lo jurídico; logrando así, la verdadera sistematización de las ciencias jurídicas, y evitando de esta manera las contradicciones a que están expuestas y en las que con frecuencia pueden incurrir e incurren, cuando manejan conceptos jurídicos fundamentales a los que atribuyen significados no siempre coincidentes, o que expresan un aspecto parcial del objeto de conocimiento a que se refieren".[805]

La filosofía del derecho y el Estado

Hemos dicho que tanto el derecho como la política son, cada uno en su ámbito y ejercicio, la realización de un punto de vista de la justicia, dos brazos poderosos del Estado para que éste pueda realizar y concretar en cada situación particular y concreta la justicia que sea necesaria. Y la justicia —como quedó asentado en el capítulo anterior— deberá ser considerada siempre como un tema central de reflexión por parte de la filosofía del derecho. Por consiguiente, la influencia de la filosofía del derecho en la vida social y en la actividad del Estado, es necesaria y de la mayor importancia: como el derecho es elemento necesario de la sociedad y ésta a su vez es necesaria al hombre, es evidente que una correcta concepción filosófica del derecho puede

805. *Op. cit.*, p. 27.

contribuir de manera eficaz al perfeccionamiento del orden jurídico concreto de que se trata, al de la sociedad, y al de los hombres que la integran. La reflexión en este contexto sobre la lucha incesante por el derecho, —razón por la cual pienso que los estudiosos del derecho no dejarán de existir— nos dice que ésta no manifiesta otra cosa que un anhelo insatisfecho por perfeccionar las instituciones jurídicas, con el fin de hacer más justas y pacíficas las relaciones entre los hombres. En este sentido, para el profesor Mircea Djuvara la filosofía del derecho tendrá como tarea analizar la idea de justicia en sí misma, como deber de acción, e investigar sus relaciones necesarias con los hechos en movimiento de la vida social a los cuales se refiere.[806]

Por otro lado, los datos escuetos que proporciona el derecho positivo, como sistema, incluyendo, por supuesto, sus códigos, sus tribunales y su técnica, son incapaces por sí solos de mover a los hombres hasta el grado de llevarlos a dar su vida por defenderlos. En cambio, esos mismos datos, iluminados y vivificados por el espíritu del derecho, que sólo puede revelarlo una auténtica filosofía jurídica, al mismo tiempo que se convierten en instituciones fuertemente vinculadas con el bienestar y progreso de los hombres, éstos, por lo mismo, son capaces de los más grandes sacrificios cuando se trata de defender o perfeccionar tales instituciones.

La historia, por lo general, no miente en las lecciones de vida que recoge y nos da. Una de ellas nos dice que, de manera semejante a como los hombres pueden progresar, el progreso de los pueblos depende de manera particular de las instituciones jurídicas que lo rigen —se habla de instituciones, pero no hay que olvidar que están compuestas y representadas por hombres—. Si aquéllas garantizan las libertades humanas, las actividades legítimas y reglamentan debidamente las formas de convivencia social naturales y, por lo mismo, necesarias al hombre, el progreso material y espiritual de la sociedad de que se trate, es su resultado lógico y no se hace esperar. Por el contrario, allí donde las llamadas instituciones jurídicas no se inspiran en los principios racionales que rigen la conducta social del hombre, la sociedad pierde su rumbo y lucha inútilmente.

Por otra parte, se ha dicho también, y con razón, que un pueblo sólo puede progresar cuando cuenta con un buen gobierno; es evidente que un gobierno para ser considerado de esta manera debe fundarse siempre en un auténtico orden jurídico, en un derecho justo. En este aspecto, sostenemos

806. "Discusión", en AA. VV, *Los fines del derecho*, p. 77.

con Preciado Hernández, que es precisamente la filosofía del derecho, la que tras el planteamiento riguroso de los problemas que implica la formulación de un ordenamiento jurídico, ofrece los caminos para encontrar las soluciones adecuadas a esos problemas, de acuerdo con los primeros principios del derecho.[807]

La filosofía del derecho y el estudiante o postulante del derecho

La filosofía del derecho, al ser una disciplina filosófica y no parte de la Ética —en el buen sentido de los términos—, debe realizar un papel peculiar y ejercer una marcada influencia en la formación de los futuros licenciados u hombres del derecho. Existen tres profesiones que por su función y la finalidad que persiguen cada una de ellas, guardan entre sí cierta semejanza; ellas son, la abogacía, la medicina y el sacerdocio.

Uno de los puntos de encuentro entre las tres es el secreto profesional, el *sigilum*. Pero, para el tema que nos ocupa, en este momento tiene mayor relevancia para el abogado el papel de director de hombres; función de gravísima responsabilidad, puesto que implica la posibilidad de aconsejar al prójimo en asuntos que pueden tener repercusión y trascendencia social, cuyas consecuencias perjudiciales y trágicas a veces, dependen en buena medida del consejo que se haya dado. Pero, como dice la sabiduría popular, a través de los refranes: "nadie da lo que no tiene"; o, el otro, "consejos vendo pero para mí no tengo", esa misión tan delicada y estas verdades populares van de la mano. Por lo tanto, sólo una persona con una disposición de apertura hacia el contenido de la filosofía del derecho podrá ser sensible a los reclamos que la sociedad —con todo derecho— le hace, para que con la entrega en el ejercicio de su profesión, recupere el lugar que un día tuvo el licenciado en derecho: respeto, confianza y veneración. Al contrario, sólo desconociendo esa función social y moral de la abogacía, algunos podrían sostener que al jurista le basta conocer el derecho positivo y dar en cada caso la solución legal a los problemas y casos que él acepta y que se someten a su juicio. Al respecto, de manera inesperada, pero lleno de ironía, así se expresa Alejandro Nieto: los abogados no están, en principio, para hacer justicia sino para defender los intereses de sus clientes poniendo a disposición de éstos los conocimientos jurídicos de que lógicamente carecen. El buen abogado es el que

807. *Op. cit.*, p. 28.

ayuda bien a sus clientes y mal ejercería su profesión si, por hacer justicia, dejara condenar a su defendido, aunque fuera ciertamente un delincuente o hubiera incumplido las obligaciones contractuales que se le reclaman.[808] Líneas adelante se pronuncia con mucha propiedad y seriedad: "quede claro que no excluyo, ni mucho menos, el valor de la justicia en la profesión, ya que si existen Jueces justos, también hay abogados justos que, voluntaria y responsablemente, buscan la justicia.[809] Serán aquéllos —de los que debemos formar parte— que no aceptan, por más bien retribuida que sea, la defensa de casos injustos, pero que sí defienden a los injustamente acusados y luchan por obtener sentencias legales y al mismo tiempo justas.

Todas las profesiones liberales —sostiene Preciado Hernández— tienen que ver con la moral desde el momento en que toda actividad humana está regida por principios morales. Así, por ejemplo, no basta que el ingeniero conozca su ciencia y la sepa aplicar en las obras que realiza, sino que se requiere, además, que proceda con honradez y que sea leal a los clientes y respete las cláusulas de los contratos de los que él es parte. De igual manera, nos podemos expresar del abogado, diciendo que aparte de que su profesión debe ejercerla con honradez y lealtad, el conocimiento de su disciplina no es completo si no relaciona el derecho con la moral.[810] De ahí que sostengamos con firmeza que al abogado no le debe interesar ni contentarse fundamentalmente con la solución legal que pueda tener el caso que haya aceptado tomar, sino sobre todo, con la solución justa. Porque es muy claro que quien se satisface con la primera, por lo general, ni siquiera acierta con el verdadero punto legal. Por consiguiente, lo que debe procurar el abogado es que la solución legal coincida con la solución justa; es decir, que busque tanto el cumplimiento de la ley cuanto el apego a los principios, ideales y aspiraciones, para que su actuación sea legítima. Porque no hay que olvidar que aquél que se apega a lo estrictamente legal, no está lejos de cometer injusticia: *summum ius summa iniuria*. De ahí que Alejandro Nieto exprese lo siguiente: "La vida de un jurista sensible es un peregrinar hacia el remoto santuario de la justicia en el que la indulgencia se gana en el camino, no al llegar; porque será de aquéllos que no se satisfacen con el derecho útil, sino que busca —como es evidente— el derecho justo".[811]

808. *Balada de la justicia y la ley*, pp. 254-255.
809. *Idem*.
810. *Op. cit.*, p. 29.
811. *Op. cit.*, p. 246.

Esta profesión tan peculiar —el licenciado en derecho— es objeto de apreciaciones ambivalentes: los abogados son vituperados y alabados; en esa profesión coinciden todos los tópicos: simultáneamente son quienes avalan al Estado de derecho y defienden las libertades del ciudadano, pero para muchos son perturbadores del orden litigando por todo, abusando de las prerrogativas de su oficio y sacando provecho de quien utiliza sus servicios. Héroes o villanos, son imprescindibles y molestos a la vez ¿dónde está la verdad?

Una profesión, tan antigua y honorable, como es ésta —hay que decirlo— debe fundamentarse en valores éticos cuya ausencia u olvido son causa de que sea objeto y el blanco de muchos vituperios; el idioma castellano contiene expresiones muy significativas y llenas de sentido que, incluso llegan a ridiculizar al mal abogado: ¡entre abogados te veas!; los abogados se parecen a los plátanos, ¡ninguno derecho! Pero tristemente hay que aceptarlo: su existencia indica que la mala práctica de unos pocos puede distorsionar la imagen del abogado en general. Por suerte, no son muchos —dice Miguel Ángel González Trigás—, pero hacen daño y dan pena; desde luego no deben hacernos llorar, hay que corregirlos y, si no es factible, persuadirlos de que busquen una profesión que se adecue a sus modos de actuación y a sus esquemas mentales.[812]

Para que eso suceda con menos frecuencia, es precisamente la filosofía del derecho, la que ahondando en el estudio de los problemas del derecho, descubre al estudiante la naturaleza o esencia de lo jurídico y los primeros principios de ética, cooperando con ello a la formación de un verdadero criterio jurídico a la luz del cual podrá apreciar no sólo la legalidad de las situaciones que le sean planteadas desde el punto de vista del derecho positivo, sino también la legitimidad de las leyes o instituciones que con carácter jurídico traten de imponerse o de hecho se impongan a la sociedad en que vive. Estos elementos y peculiaridades le dan a la filosofía del derecho un carácter particular, de ser más una ciencia formativa que informativa.

Respecto a lo anterior, podemos citar unas palabras de Franz Brentano "sobre la reforma de los estudios jurídico-políticos", con las que terminaba su conferencia en Viena en el año de 1889, que se convirtió posteriormente en el libro *El origen del conocimiento moral*; y decía: "De ellos —de los estudios—

812. "Los abogados: ¿Existirá la deontología en el siglo XXI?", en Otero, P. Milagros, y Morales, G. Mco. A. (coords.), *La justicia, los jueces y la Argumentación*, p. 243.

y de sus leyes psicológicas debe, pues, adquirir conocimiento el jurista, si quiere comprender verdaderamente su tiempo e influir favorablemente sobre él; como también debe estudiar las doctrinas del derecho natural y de la moralidad natural, las cuales no han sido lo primero, sino que serán lo último, en la evolución jurídica moral.

Platón ha dicho que el Estado no prosperará hasta que el verdadero filósofo sea rey o los reyes se hagan verdaderos filósofos. En nuestra época constitucional, la expresión más adecuada será decir con Franz Brentano: que nuestra vida política, con sus numerosos defectos, no se encaminará hacia su mejoramiento, como no se procure enérgicamente dar a los juristas una educación filosófica en consonancia con su alta misión, en vez de suprimir lo poco que de ella se les ofrece en las instituciones actuales".[813]

Importancia de la filosofía del derecho

Desde el comienzo del siglo XVIII, a través de la historia del pensamiento, se advierte un rechazo contra la ciencia, pero especialmente un repudio por la filosofía, un desprecio o, al menos, una infravaloración. Sobre lo cual se pregunta Krause ¿cómo puede prosperar la vida de los individuos, los pueblos o la Humanidad sin filosofía?[814] Basados en este cuestionamiento sostenemos que sin las investigaciones filosófico-jurídicas no sería posible una ciencia del derecho. Y esto, no sólo tiene una importancia decisiva para los fines de la enseñanza, sino que es de enorme trascendencia en cuanto a la práctica del mismo derecho.

En el pensar de Stammler, toda cuestión jurídica de carácter práctico abre ante nuestra inteligencia dos distintas orientaciones:

1. El jurista indaga en primer lugar la existencia de normas aplicables al caso concreto, como pueden ser los artículos de los Códigos, o los preceptos de la constitución, etc. La filosofía del derecho es la llamada a precisar la técnica de la expresión, a mostrar los remedios que pueden ponerse en práctica para colmar las posibles lagunas del derecho y a enseñar el arte de obtener en todo caso las normas

813. *El origen del conocimiento moral*, p. 5.
814. F. F. Querol, *La filosofía del derecho de K. CH. F. Krause*, p. 45.

jurídicas oportunas; es al mismo tiempo la que nos tiene que guiar en nuestra dialéctica jurídica, adiestrándonos en el arte de hilvanar los hechos en las reglas más adecuadas.

2. Pero los artículos de una ley, sea cual fuere, son simples ensayos que tienden a anticipar la solución justa de litigios que pueden surgir. El acierto de la solución propuesta puede dar lugar a reparos, ya en cuanto al fondo de la decisión, ya en cuanto al modo de resolver el caso concreto litigioso. Nuestra legislación cuenta con numerosas expresiones que encajan en el proceso que se lleve a cabo: se habla de buena fe, de equidad, de deberes morales, de evitar abusos, de buenas costumbres, etc. Todas ellas responden al mismo fin: que en cada caso se habrá de elegir la norma jurídica que refleje la solución fundamentalmente justa.[815]

Ahora bien ¿cuál ha de ser la pauta que nos guíe y nos permita llegar a conclusiones de principio sobre la legitimidad de una norma jurídica predeterminada o elegida en vista del caso concreto? La respuesta —dice Stammler— sólo puede venir de la filosofía del derecho. Ésta es la ciencia que tiene que enseñar y poner en práctica un método mediante el cual se pueda demostrar que una norma jurídica cualquiera es o no fundamentalmente justa en su aplicación a la cuestión concreta planteada.[816] Más adelante, indicará que a la filosofía del derecho se le plantea también el problema de precisar un método con arreglo al cual sea posible elegir fundadamente entre las varias que se ofrezcan en la norma jurídica rígida, es decir, aquella que posea la realidad condicionante de ser fundamentalmente justa.[817]

Por su parte, Atienza opina que la función de la filosofía del derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el derecho en el conjunto de la sociedad. El derecho, se dice, es un sistema de control social que supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales sino que está en todas partes. La filosofía del derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad. El filósofo del derecho

815. *Op. cit.*, p. 15.
816. *Ibid.*, p. 18.
817. *Ibid.*, p. 256

es una especie de intermediario entre las prácticas y los saberes jurídicos, por un lado, y el resto de las prácticas y de los saberes sociales, por el otro. Al mismo tiempo, debe ser capaz de dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico que cumpla además tanto una función crítica como también de orientación práctica.[818] En este sentido —sostiene Krause—, de ningún modo presenta la filosofía del derecho la idea eterna y el eterno ideal del derecho como algo extraño a la vida, como algo marginal que desborda la misma vida y que es inalcanzable.[819] Debe ser capaz, al mismo tiempo, de dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico que cumpla además tanto una función crítica (de supervisión del uso de conceptos y métodos) como también de orientación práctica (aunque sólo sea en un aspecto negativo: mostrando lo que no debe ser el derecho o cómo no deben construirse los saberes jurídicos).

Para Terán, la justificación del estudio de la filosofía del derecho consiste en que la jurisprudencia técnica es insuficiente para dar unidad de visión a los estudios mismos del derecho positivo; y aun cuando en la técnica jurídica se conocen las ciencias jurídicas positivas, esa técnica no encuentra justificación para sus fines. Para saber qué es la Jurisprudencia técnica, su sistema y su estructura, y cuáles son sus fines, se necesita la filosofía del derecho.

No se puede hablar de filosofías del derecho de acuerdo con los derechos positivos de cada pueblo, sino que la filosofía del derecho es común y unitaria; es decir, la reflexión filosófica no pretende recoger lo que hay de variable en las instituciones jurídicas, sino lo que en ellas puede encontrar de permanente, lo que hay de común en todas ellas.[820]

La filosofía del derecho, considerada como teoría que se informa en la idea humana del derecho, está obligada a estudiar todos los elementos sociales que entran en la formación natural del hecho jurídico y de su noción. El hecho jurídico es esencialmente hecho social, por cuanto el derecho no es posible fuera de la sociedad; es el mismo hecho social considerado bajo un particular aspecto, es decir, bajo el aspecto de las externas relaciones entre hombre y hombre y entre hombre y cosa, en que se actúa el bien humano. Si ésta es la índole del hecho jurídico, claro es que la filosofía del derecho como doctrina del conocimiento de semejante hecho, y como ciencia práctica

818. *El sentido del derecho*, p. 249.
819. *Op. cit.*, p. 51.
820. J. M. Terán, *Filosofía del derecho*, pp. 13-15.

enderezada a la perfección, no puede prescindir de los elementos sociales, y del propio campo social que es donde el derecho se realiza.

Stammler señala una especie de analogía muy peculiar entre dos ámbitos que tienen que ver con el ser humano. Y porque la juzgo de esa manera, me atrevo a transcribirla. Según él, la religión y la filosofía del derecho comparten un objetivo común: apoyar al hombre en la búsqueda de la perfección. Sus palabras son éstas: "La misión de la Religión en la vida social no se reduce a ser la doctrina del amor que nos enseña la realización de lo objetivamente justo. La Religión es algo más que un simple medio auxiliar de la justicia en las relaciones entre los hombres".[821] (...) Más adelante indica que "si la historia ha hecho que el hombre por punto de partida científico sea la materia de su existencia, pero poniéndole por misión el ajustar a una ley suprema el contenido de su voluntad, en su vida interior y en la vida social jurídicamente regulada no podrá contentarse con esto si sabe reflexionar seria y consecuentemente".

Es verdad que cuanto más nos esforcemos por liberarnos de todas las tradiciones y las creencias en una revelación histórica, más firme será nuestra convicción de que jamás se podrá matar en absoluto la raíz religiosa, concibiendo la Religión como el sentimiento por el que el hombre se entrega a lo que un destino perfecto ha dispuesto sobre él. Sólo la Religión es capaz de ofrecernos, mediante la debida y peculiar reflexión, la incondicional armonía que hemos salido a conquistar. Este anhelo de perfección lo enciende también en nuestro espíritu la filosofía del derecho. Y con ello queda cumplida su misión".[822] De ahí, la grandeza y miseria, a la vez, de la filosofía del derecho: por un lado rasca los dinteles de lo alto, sin llegar a ello con plenitud; y por otro nos conecta con el suelo de la miseria humana, haciéndonos conscientes de lo que provoca el olvido de la justicia por la mala y perversa —muchas de las veces— práctica del derecho.

821. R. Stammler, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 451.
822. *Ibid.*, p. 455.

CONCLUSIÓN





Está claro que el punto final de una investigación no lo pone la materia objeto de la misma, sino la capacidad limitada de quien intenta meterse y navegar en el vasto océano del saber. Es por esto, que, una vez aceptado lo anterior, procederemos a dar el último paso: *concluir* lo que iniciamos con tanto gusto y expectativas.

Está escrito —y estamos de acuerdo con ello— que no hay nada nuevo bajo el sol. Por lo mismo —ya lo decíamos en la introducción—, el objeto y la finalidad de realizar este trabajo —espero que se hayan cumplido— se resumen en que el licenciado en derecho lleve a cabo cierta reflexión filosófica sobre eso que vivimos día con día y en cada momento de nuestro paso por la tierra, que es el derecho. Reflexión que es necesaria e insoslayable en el jurista que no debe olvidar hacer, si quiere encontrar con más facilidad y mayor claridad la solución a los asuntos que acepte defender, y a cuestionamientos e interrogantes que a diario se le presentan en el ejercicio de su profesión. Teniendo presente, al mismo tiempo, que no le debe bastar ni le debe satisfacer conocer *cómo es el derecho*, sino, sobre todo, *cómo debe aplicarlo*.

Por otra parte, como los campos en los que se pueden mover el licenciado en derecho, el abogado y el jurista son de diversa índole: defensor, legislador, juez, asesor, consejero o en algún cargo público, en todos ellos dejará su huella personal por la forma y manera de aplicar aquello que aprendió y que lo sabe. Lo trascendente en todo esto es la actitud y disposición con la que realice aquello que se le encomienda, a sabiendas de que no es inmune a ciertas tentaciones que se le pueden presentar: dinero, poder, política. Sin embargo, mientras esté convencido de que en su vida profesional —dondequiera que la realice— la ética debe estar presente —asidero del cual no se debe soltar— y que, además, le es necesario cierto grado de humildad, con seguridad podrá vencer obstáculos, barreras o deficiencias y debilidades, y salir airoso; porque la ética siempre le recordará que entre los valores morales hay uno que, de manera especial, se le ha encomendado como misión: la

justicia, a la que nunca le deberá poner precio; nunca será válido ni aconsejable sacrificarla por ningún otro valor. Por lo cual, la solución que siempre ha de buscar en cada caso no sólo tiene que ser legal sino también, y sobre toro, legítima, es decir, justa. La humildad, por su parte, le recordará que lo que sabe es para ayudar a los demás; que el poder es para servir y no para aprovecharse de la ignorancia y debilidad ajenas, y que la política es el medio para ejercer el poder en bien de los otros.

Estoy plenamente convencido que las tareas o retos anteriores representarán mayor o menor dificultad en su realización o superación, dependiendo de que en su profesión y aplicación del derecho el abogado sienta la necesidad real de que junto al derecho debe tener a la moral como un complemento y ayuda a su formación jurídica, en el entendido de que un derecho sin moral no es derecho, sino algo irracional y, como tal, propenso a convertirse en arbitrariedad y, por lo tanto, en injusticia.

Finalmente, señalo lo siguiente: de la misma manera que no se puede entender un derecho sin moral, en la justa medida, tampoco podría entenderse un programa de derecho en el que estuviera ausente una de las disciplinas que le dan vida, sentido y fundamento: la filosofía del derecho. Por lo mismo, si el derecho es una forma de vida social, solamente una reflexión desde la filosofía sobre él ayudará a que todo aquello en lo que el derecho interviene pueda cambiar, como son las instituciones, la seguridad, la paz, el bienestar en las relaciones humanas. De igual manera, la filosofía del derecho ayudará al propio postulante del derecho a que se vaya formando un buen criterio jurídico dentro de los parámetros éticos, para que en todo aquello en que se le soliciten sus servicios busque no sólo la solución apegada a la legalidad sino, sobre todo, a la legitimidad, a la justicia. Está por demás insistir en la importancia y relevancia de esta disciplina filosófica en todos los ámbitos de la existencia humana y, de manera primordial, de lo jurídico; pero es cierto que, de manera particular, la tiene, principalmente, en la formación profesional del abogado.

FUENTES CONSULTADAS

Documentos

- **Concilio Vaticano II.** *Gaudium et spes.*
- Constitución Española de 1978.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. SISTA, México, 2007.
- Ley Fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949.

Bibliografía

- **AA.VV.** *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ————. *Libertad, seguridad y derecho.* Fundación Modernización de España, Ediciones Doce Calles, Madrid, 2003.
- ————. *Los fines del derecho.* Trad. Daniel Kuri Breña, UNAM, México, 1975.
- **Adomeit, K., y Cristina H. del Llano.** *Filosofía del derecho y del Estado / De Sócrates a Séneca.* Trad. Andrea Milde y Juan José Sánchez G., Trotta, Madrid, 1999.
- **Adorno, Th. W.** *Actualidad de la filosofía.* Trad. José Luis Arantegui T., Piados, ICE-Universidad Autónoma de Barcelona, 1991.
- ————. *Justificación de la filosofía.* Trad. Jesús Aguirre, Taurus Ediciones, Madrid, 1964.
- **Agustín, San.** *Confesiones.* Texto bilingüe, edición crítica, anotada por el P. Ángel Custodio Vega, BAC, Madrid, 1968.

- ——————. *La ciudad de Dios.* Edición bilingüe preparada por José Moran, BAC, Madrid, 1964.
- ——————. *Obras / De civitate Dei.* Ts. XVI-XVII, XIX, 13, 2, BAC, Madrid, 1958.
- **Alexy, R.** *El concepto y la validez del derecho.* Trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004.
- **Aquino, Santo T. de.** *La justicia / Comentarios al libro quinto de la Ética a Nicomaco.* Trad. y notas de Benito R. Raffo M., Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1946.
- ——————. *Opúsculos y cuestiones selectas.* Edición bilingüe, coord. Antonio Osuna Fernández-Largo, presentación de Manuel Fernando Santos, BAC, Madrid, 2001.
- ——————. *Suma contra gentiles.* Trad. Carlos I. González, Porrúa, México, 2004.
- ——————. *Summa theologica.* Edición bilingue, BAC, Madrid, 1956.
- **Aranguren, J.L.L.** *El futuro de la universidad.* Taurus, Madrid, 1962.
- ——————. *Ética y política.* Biblioteca Nueva, Madrid, 1996.
- ——————. *Ética.* Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.
- **Aristóteles.** *Analítica posterior / Obras.* Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Constitución de Atenas / Obra.*, Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *De anima / Obras.* Trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Ética eudemia / Obras.* Trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Ética nicomaquea / Obras*, Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Ética nicomaquea*, UNAM, México, 1983.
- ——————. *Ética nicomaquea*, Gredos, Madrid, 1988.
- ——————. *Física / Obras.* Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Gran ética / Obras.* Trad. Francisco de P. Samaranch, Aguilar, Madrid, 1977.
- ——————. *Metafísica.* 2ª reimp., edición trilingüe por Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1990.
- ——————. *Política.* Edición bilingüe, trad. Julián Marías y María Araujo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ——————. *Retórica.* Trad. Antonio Tovar, CEPC, Madrid, 1999.

- **Aseff, L. M.** *Argumentación jurídica y semiosis social.* Editorial Juris, Rosario, 2003.
- **Atienza, M.** *Cuestiones judiciales.* Fontamara, México, 2001.
- **————————.** *El sentido del derecho.* 2ª reimp., Ariel, Derecho, Barcelona, 2004.
- **————————.** *Tras la justicia.* Ariel, Barcelona, 2003.
- **Bobbio, N.** *El futuro de la democracia.* Trad. José F. Fernández S., FCE, México, 2004.
- **————————.** *El positivismo jurídico / Lecciones de filosofía del derecho.* Comp. Nello Morra, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1998.
- **————————.** *El problema de la guerra y las vías de la paz.* Ttrad. Jorge Binaghi, Gedisa, Barcelona, 2000.
- **————————.** *Estado, gobierno y sociedad.* Trad. José F. Fernández S., FCE, México, 1999.
- **————————.** *Liberalismo y democracia.* FCE, México, 2002.
- **————————.** *Teoría general de la política.* Trad. Antonio de Cabo de la Vega, Gerardo Pisarello *et al*. Trotta, Madrid, 2003.
- **————————.** *Teoría general del derecho.* Trad. Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 2002.
- **————————, y M. Bovero.** *Origen y fundamentos del poder político.* Trad. José Fernández S., Grijalbo, México, 1985.
- **————————, *et al.*** *Crítica del derecho natural.* Trad. Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966.
- **Boecio.** *Liber de persona et duabus naturas.* c. 3, ML 64
- **Brentano, F.** *El origen del conocimiento moral.* Tecnos, Madrid, 2002.
- **Brieskorn, N.** *Filosofía del derecho.* Trad. Claudio Gancho, Herder, Barcelona, 1993.
- **Brun, J.** *El estoicismo.* Trad. Thomas Moro Simpson, EUDEBA, Buenos Aires, 1968.
- **Bucito, F.** *Sociología del derecho / El orden jurídico y sus condicionantes sociales.* Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- **Cardona, C.** *Metafísica del bien común.* Rialp, Madrid, 1966.
- **Catalá i Bas, Alexandre H.** *La (in) tolerancia en el Estado de derecho*. Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2002.
- **Cicerón.** *La República y las leyes.* Edición de Juan María Núñez G., Akal, Madrid, 1989.

- **Colomer, E.** *La filosofía trascendental: Kant / El pensamiento alemán de Kant a Heidegger.* T. 1, 2ª ed., Herder, Barcelona, 1993.
- **Copleston, F.** *Historia de la filosofía.* T. IV, trad. Juan Carlos García-Borrón, edición de Manuel Sacristán, Ariel, Barcelona, 1975.
- **Cortés, M. J., y R. A. Martínez.** *Diccionario de filosofía* en CD-ROM, Herder, Barcelona, 1996.
- **Cortina, A. (dir.).** *10 palabras clave en filosofía política*, Verbo divino, Navarra, 1998.
- **————.** *Ética sin moral*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- **Couture, E.** *Vocabulario jurídico.* Edición al cuidado de Jorge Peinaro F. y José Sánchez F., Depalma, Buenos Aires, 1993.
- **Dabin, J.** *Doctrina general del Estado.* Trads. Héctor González U. y Jesús Toral M., IIJ-UNAM, 2003.
- **Dahl, R.** *La democracia / Una guía para los ciudadanos.* Trad. Fernando Vallespín, Taurus, México, 2006.
- **Díaz, E.** *La filosofía social del krausismo español.* Debate, Madrid, 1989.
- **————.** *Sociología y filosofía del derecho.* Taurus, Humanidades, Madrid, 1992.
- *Diccionario jurídico mexicano.* Ts. 2, 3 y 4, Porrúa / IIJ-UNAM, México, 1993.
- *Doctrina pontificia II / Documentos políticos.* BAC, Madrid, 1958.
- **Dworkin, R.** *Filosofía del derecho.* Trad. Javier Sáinz de los Terreros, FCE, México, 1980.
- **————.** *Los derechos en serio.* Trad. Marta Guastavino, Ariel, Derecho, Barcelona, 2002.
- **Escobar de la S., L.** *Derecho de la información.* 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2004.
- **Fernández, E.** *Estudios de ética jurídica.* Debate, Madrid, 1990.
- **————.** *Teoría de la justicia y derechos humanos.* Debate, Madrid, 1991.
- **Fernández, J.L., y A. Hortal (comps.).** *Ética de las profesiones jurídicas.* Universidad de Comillas, Madrid, 2002.
- **Ferrajoli, L.** *Derecho y razón / Teoría del garantismo penal.* Trads. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel *et al.*, Trotta, Madrid, 1997.
- **————.** *Derechos y garantías / La ley del más débil.* Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Tecnos, Madrid, 2001.

- **Ferrater, M. J.** *Diccionario de filosofía.* 7ª reimp., t. I, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- **Finance, J. de.** *Conocimiento del ser.* Trad. Salvador Caballero S., Gredos, Madrid, 1971.
- **——————.** *Ensayo sobre el obrar humano.* Trad. Albino Loma, Gredos, Madrid, 1966.
- **Fraile, G.** *Historia de la filosofía I / Grecia y Roma*. BAC, Madrid, 1956.
- **Friedrich, C.J.** *La filosofía del derecho.* Trad. Margarita Álvarez F., FCE, México, 1988.
- **Frondizi, R.** *¿Qué son los valores?* FCE, México, 1972.
- **——————, y Gracía, J.J.E. (comps.).** *El hombre y los valores en la filosofía latinoamericana del siglo* XX, FCE, México, 1981.
- **García, A. J. A.** *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- **García, M. E.** *Filosofía del derecho.* Porrúa, México, 1994.
- **——————.** *Introducción a la filosofía del derecho.* Porrúa, México, 1994.
- **——————.** *Introducción a la lógica jurídica.*
- **——————.** *La definición del derecho.* 2ª ed. revisada, Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960.
- **——————.** *Positivismo jurídico / Realismo sociológico y iusnaturalismo.* 4ª reimp., Fontamara, México, 2004.
- **Garzón V., E. (comp.).** *Derecho y filosofía.* 2ª ed., Fontamara, México, 1993.
- **——————, y J.F. Laporta (comps.).** *El derecho y la justicia.* Trotta, Madrid, 2000.
- **Geiger, Th.** *Estudios de sociología del derecho.* Trad. Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, FCE, México, 1983.
- **——————.** *Moral y derecho (polémica con Uppsala).* Trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992.
- **Gómez, P. R.** *Introducción a la ética social*. Rialp, Madrid, 1990.
- **González, M. E.** *Temas de filosofía del derecho.* UIA-Oxford University Press, México, 1999.
- **González, U. H.** *Teoría política.* Porrúa, México, 1987.
- **Graneris, G.** *Contribución tomista a la filosofía del derecho.* Trad. Celina A. Lértora, EUDEBA, Buenos Aires, 1973.

- **Habermas, J.** *Facticidad y validez / Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* 3ª ed., trad. Manuel Jiménez R., Trotta, Madrid, 2001.
- **————.** *Teoría de la acción comunicativa I.* Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1ª reimp., Taurus, México, 2005.
- **————.** *Teoría de la acción comunicativa II.* Trad. Manuel Jiménez Redondo, 1ª reimp., Taurus, México, 2002.
- **Hart, H. L. A.** *El concepto de derecho.* Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- **————.** *La decisión judicial / El debate Hart-Dworkin.* Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- **Heidegger, M.** *Introducción a la metafísica.* Trad. Angela Ackermann P., Gedisa, Barcelona, 2003.
- **Heller, H.** *Teoría del Estado.* Trad. Luis Tobio, FCE, México, 1987.
- **Hervada, J.** *Introducción crítica al derecho natural.* 3ª reimp. de la 3ª ed., Minos, México, 1999.
- **Hobbes, Th.** *Leviatán.* Trad. Antonio Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1979.
- **Hoerster, N.** *En defensa del positivismo jurídico.* Trad. J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992.
- **Höffe, O.** *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia.* Trad. Jorge M. Seña, Editorial Alfa, Barcelona, 1988.
- **Hofmann, H.** *Filosofía del derecho y del Estado.* Trad. Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- **Hongju, K.H., y R.C. Slye (comps.).** *Democracia deliberativa y derechos humanos.* Trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004.
- **Iglesias, G. R, y I. M. Morineau.** *Derecho romano.* Harla, México, 1987.
- **IIJ.** *Diccionario jurídico mexicano.* T. 3, Porrúa / IIJ-UNAM, México, 1993.
- **Jiménez de A., L.** *Tratado de derecho penal.* T. III, Losada, Buenos Aires, 1963.
- **Jólivet, R.** *El hombre metafísico.* Trad. L. Medrano, Yo Sé-Yo Creo, Andorra, 1959.
- **————.** *Tratado de filosofía / Lógica y cosmología.* T. 1, trad. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1960.

- **Kant, I.** *Crítica de la razón pura.* Trad. Pedro Ribas, Taurus, Pensamiento, México, 2006.
- **————————.** *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* 11ª ed., estudio introductivo y análisis Francisco Larroyo, Porrúa, "Sepan Cuantos...", México, 1998.
- **————————.** *Introducción a la teoría del derecho.* Trad. e introducción Felipe González Vicen, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.
- **————————.** *La metafísica de las costumbres.* Trad. y notas de Adela Cortina y Jesús Conill, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- **Kaufmann, A.** *Filosofía del derecho.* Trad. Luis Villar B. y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- **Kelsen, H.** *La teoría pura del derecho.* Trad. Jorge G. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946.
- **————————.** *Teoría general del derecho y del Estado.* 5ª reimp., trad. Eduardo García M., UNAM, 1995.
- **————————.** *¿Qué es la justicia?* Trad. Albert Calsamiglia, Planeta / De Agostini, Barcelona, 1993.
- **Küng, H.** *Proyecto de una ética mundial.* 3ª ed., trad. Gilberto Canal, Trotta, Madrid, 1995.
- *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* Trad. Adolfo Posada, UNAM, México, 2003.
- **Lask, E.** *Filosofía jurídica.* Trad. Roberto Goldschmidt, Editorial B, Buenos Aires, 2008.
- **Legaz, y L. L.** *Filosofía del derecho.* 4ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961.
- **Locke, J.** *Ensayo sobre el entendimiento humano.* Trad. Ana Stellino, Gernika, México, 1998.
- **————————.** *Ensayo sobre el gobierno civil.* Trad. Ana Stellino, Gernika, México, 2003.
- **López, C. N. Ma.** *Filosofía del derecho I.* Comares, Granada, 1997.
- **————————.** *Introducción a los derechos humanos.* Comares, Granada, 2000.
- **Mackie, J.** *Ética: la invención de lo bueno y lo malo.* Gedisa, Barcelona, 2000.
- **Maquiavelo, N.** *El príncipe.* Trad. Roberto Raschella, Losada, 1998.

- **Maritain, J.** *Distinguir para unir o los grados del saber.* Trad. Alfredo Frossard, Club de Lectores, Buenos Aires, 1963.
- **————————.** *El hombre y el Estado.* Trad. Manuel Gurrea, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984.
- **Massini, C.C.I.** *Filosofía del derecho.* LexisNexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- **Maurer, A.A.** *Filosofía medieval.* Trad. Demetrio Núñez, EMECÉ Editores, Buenos Aires, 1967.
- **Millán, P.A.** *Persona humana y justicia social.* Rialp, Madrid, 1978.
- **Miraglia, L.** *Filosofía del derecho.* Editorial Impulso, Buenos Aires, 1943.
- **Mondolfo, R.** *Heráclito / Textos y problemas de su interpretación.* 8ª ed., trad. Caletti O., Siglo XXI Editores, México, 1986.
- **Montesquieu.** *El espíritu de las leyes.* T. I, trad. Amelié Cuesta, Gernika, México, 2000.
- **Muguerza, J.** *La razón sin esperanza.* Taurus, Madrid, 1977.
- **Nava, N. A.** *Derecho procesal administrativo.* Porrúa, México, 1959.
- **Navarro, P. E.** *Los límites del derecho.* Temis, Bogotá, 2005.
- **Nieto, A.** *Balada de la justicia y la ley.* Trotta, Madrid, 2002.
- **Nozick, R.** *Anarquía, Estado y utopía.* Trad. Rolando Tamayo, FCE, México, 1988.
- **Otero, P. Milagros, y G. Mco. A. Morales (coords.).** *La justicia, los jueces y la argumentación.* Poder Judicial-Consejo de la Judicatura del Estado de México / Universidad de Santiago de Compostela, México, 2005.
- **Peces-Barba, G.** *Ética, poder y derecho.* 1ª reimp., Fontamara, México, 2004.
- **————————.** *Introducción a la filosofía del derecho.* Debate, Madrid, 1995.
- **Peña, F. A. M.** *La garantía en el Estado constitucional de derecho.* Trotta, Madrid, 1997.
- **Pérez, L. A. E.** *Derechos humanos / Estado de derecho y Constitución.* 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- **Platell, G. M.** *Filosofía social.* Trads. Martín A.A. y J.L. Rodríguez, Sígueme, Salamanca, 1967.
- **Platón.** *La república o de la justicia / Obras completas.* Trad. María Araujo, Francisco de P. Samaranch *et al.*, Aguilar, Madrid, 1979.

- ——————. *Las leyes / Obras completas.* Trad. Francisco de P. Samaranch *et al.*, Aguilar, Madrid, 1979.
- ——————. *Minos o de la ley / Obras completas.* Trad. María Araujo, Francisco de P. Samaranch *et al.*, Aguilar, Madrid, 1979.
- ——————. *Timeo o de la naturaleza.*
- **Preciado, H. R.** *Ensayos filosófico-jurídicos y políticos.* JUS, México, 1977.
- ——————. *Lecciones de filosofía del derecho.* UNAM, México, 1982.
- **Prieto, S. L.** *Apuntes de teoría del derecho.* Trotta, Madrid, 2008.
- **Puy, F. (coord.).** *Cuaderno de prácticas de filosofía del derecho*, Colex, Madrid, 2001.
- ——————. *Tópica jurídica / Tópica de expresiones.* Porrúa, México, 2006.
- **Querol, F. F.** *La filosofía del derecho de K. Ch. F. Krause.* Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.
- **Radbruch, G.** *Filosofía del derecho.* Trad. José Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- ——————. *Introducción a la filosofía del derecho.* 4ª reimp., trad. Wenceslao Roces, FCE, México, 198?.
- **Raeymaeker, L.** *Filosofía del ser.* Trad. María Dolores Mouton, Valentín García Yebra, Gredos, Madrid, 1968.
- **Ramírez, S.** *El derecho de gentes / Examen crítico de la filosofía del derecho de gentes desde Aristóteles hasta Francisco Suárez.* Studium, Madrid, 1955.
- **Rawls, J.** *Liberalismo político.* 4ª reimp., trad. Sergio R. Romero B., FCE, México, 2003.
- ——————. *Teoría de la justicia.* 3ª reimp., trad. María Dolores González, FCE, México, 2002.
- **Reale, G.** *Historia del pensamiento filosófico y científico I / Antigüedad y Edad Media.* Trad. Juan Andrés Iglesias, Herder, Barcelona, 1988.
- **Recasens, S.** *Filosofía del derecho.* Porrúa, México, 1986.
- ——————. *Introducción al estudio del derecho.* Porrúa, México, 1974.
- ——————. *Tratado general de filosofía del derecho.* Porrúa, México, 1986.
- **Ricoeur, P.** *Amor y justicia.* Trad. Tomás Domingo Moratalla, Caparrós Editores, Madrid, 1990.
- ——————. *Lo justo.* Trad. Agustín Domingo Moratella, Caparrós Editores, Madrid, 1999.
- **Rodríguez, D. L.** *Ética.* BAC, Madrid, 2001.
- **Rodríguez, L. A.** *Ética general.* 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993.

- **Rojas, A. V.** *Filosofía del derecho.* 2ª ed., Oxford University Press, México, 2000.
- **Ross, A.** *Sobre el derecho y la justicia.* Trad. Genaro R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1970.
- **Ross, W. D.** *Aristóteles.* Trad. Diego F. Pró, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1957.
- **Rousseau, J. J.** *El contrato social.* Trad. Enrique Azcoaga, Biblioteca EDAF, Madrid, 2001.
- **Ruger, R.** *La filosofía del valor.* Trad. Agustín Ezcurdia H., FCE, México, 1974.
- **Ruiz, M. A.** *Una filosofía del derecho en modelos históricos.* Trotta, Madrid, 2002.
- **Ruiz, R. V.** *Teoría de la ley penal.* Porrúa, 2005.
- **Ruiz-Giménez, J.** *Introducción a la filosofía jurídica.* 2ª ed., EPESA, Madrid, 1969.
- **Russell, B.** *Los problemas de la filosofía.* 2ª ed., trad. Joaquín Xirau, Labor, Barcelona, 1937.
- **Sanabria, T. R.** *Ética.*, Porrúa, México, 1971.
- **————.** *Introducción a la filosofía.* Porrúa, México, 2001.
- **Sartre, J. P.** *El existencialismo es un humanismo.* Ediciones Huascar, Buenos Aires, 1972.
- **————.** *El ser y la nada.* Trad. Juan Valmar, Losada, Buenos Aires, 1976.
- **Sauer, W.** *Filosofía jurídica y social.* Trad. Luis Legaz y Lacambra, Labor, Madrid, 1933.
- **Scheler, M.** *Ética.* Trad. Hilario Rodríguez S., Caparrós Editores, Madrid, 2001.
- **Simon, R.** *Moral.* Trad. Monstserrat Kirchner, Herder, Barcelona, 1968.
- **Sófocles.** *Las siete tragedias.* Trad. directa del griego Á. Ma. Garibay K., Porrúa, "Sepan cuantos...", México, 1996.
- **Soriano, R.** *Sociología del derecho.* Ariel, Derecho, Barcelona, 1997.
- **Stammler, R.** *Tratado de filosofía del derecho.* Trad. Wenceslao Roces, Editorial Nacional, México, 1974.
- **Steenberghen, F. V.** *Ontología.* Trad. Rafael Martínez F., Gredos, 1965.

- **Stob, E.** *Reflexiones éticas / Ensayos sobre temas morales.* Trad. Carlos Sandoval, TELL Grand Rapids, Michigan, 1982.
- **Strauss, L.** *Historia de la filosofía política.* Trad. Leticia García U., Diana Luz Sánchez y Juan José Utrilla, FCE, México, 2000.
- **Suárez, F. S. J.** *Investigaciones metafísicas (disputationes metaphysicae).* Introducción y selección Ismael Quiles S.J., Espasa-Calpe, Austral, Buenos Aires, 1954.
- **Terán, J. M.** *Filosofía del derecho*, 11ª ed., Porrúa, México, 1989.
- **Tomás y Valiente, Francisco.** "Los derechos y el Estado", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- **Touchard, J.** *Historia de las ideas políticas.* Trad. J. Pradera, Tecnos, Madrid, 1983.
- **Touraine, A.** *¿Qué es la democracia?* Trad. Horacio Pons, FCE, México, 2000.
- **Valverde, C.** *Génesis, estructura y crisis de la modernidad.* BAC, Madrid, 1996.
- **Vecchio, G. del.** *Filosofía del derecho.* 7ª ed. revisada por Luis Legaz y L., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960.
- **————.** *Los principios generales del derecho.* 2ª ed., trad. M.J. Osorio, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948.
- **Verdross, A.** *La filosofía del derecho del mundo occidental.* Trad. Mario de la Cueva, Centro de Estudios Filosóficos-UNAM, 1962.
- **Vidal, M.** *Moral de actitudes III / Moral Social.* PS, Madrid, 1979.
- **Vigo, L.** *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis).* 2ª ed., LexisNexis / Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.
- **Villoro, T. Luis (coord.).** *Los linderos de la ética.* Siglo XXI Editores / UNAM, México, 2000.
- **Villoro, T. M.** *Introducción al estudio del derecho.* Porrúa, México, 1978.
- **Vries, J. de.** *Pensar y ser.* Trad. José A. Menchaca, Razón y Fe, Madrid, 1945.
- **Walzer, M.** *Las esferas de la justicia.* 2ª ed., trad. Humberto Rubio, FCE, México, 2001.
- **Weber, M.** *El político y el científico.* Trad. J. Chávez M., Ediciones Coyoacán, México, 1997.

- **Weissmahr, B.** *Ontología.* Trad. Claudio Gancho, Herder, Barcelona, 1986.
- **Werner, J.** *La teología de los primeros filósofos griegos.* Trad. José Gaos, FCE, México, 1998.
- **Xirau, R.** *Introducción a la historia de la filosofía.* UNAM, México, 1980.

Hemerografía

- *Isegoría.* Núm. 26, Madrid, junio, 2002.
- *Jurídica / Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.* Núm. 19, México, 1988-1989.

Sitios de internet

- **http://noticias.juridicas.com/base datos/admin./constitución.tl.html** [consultado en 5 de junio de 2008].
- **http://www.personal.us.es/urias.alemana.doc** [consultado el 5 de junio de 2008].



· CONSEJO GENERAL ·

Instituto Electoral del Estado de México

México · 2009

Instituto Electoral del Estado de México

méxico · 2009



Ángel Gustavo López Montiel
Titular del Centro de Formación y Documentación Electoral

Ciro García Marín
Subdirector de Documentación y Promoción Editorial

Departamento de Promoción Editorial

Jorge Armando Becerril Sánchez
María Guadalupe Bernal Martínez
Área de diseño gráfico y editorial

Ana Llely Reyes Pérez
Tania López Reyes
Luther Fabián Chávez Esteban
Área editorial



Filosofía del derecho, se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2009. En los talleres de

La edición estuvo a cargo del Departamento de Promoción Editorial del Centro de Formación y Documentación Electoral del Instituto Electoral del Estado de México. Esta edición consta de 1,000 ejemplares.